

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva

(Comentario a la STS de 20 de febrero de 1993. Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro)

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

I

I. Los hechos probados en la STS de 20 de febrero de 1993 hacen referencia a la venta, por parte del procesado José María G.J., de heroína con un alto grado de pureza a David D. que murió de forma casi instantánea al inyectarse la dosis de heroína que había comprado al acusado. En la sentencia se afirma «... el desconocimiento por parte del acusado José María G.J. de la mayor concentración de heroína de lo habitual en la droga vendida...»

2. La Audiencia condena al procesado José María G.J. como autor de un delito contra la salud pública, por tráfico de drogas, concurriendo la circunstancia atenuante, por analogía, de enajenación mental incompleta

a la pena de dos años y tres meses de prisión menor y 60.000 ptas. de multa. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por la acusación particular en el que se alegaba la inaplicación del art. 348 CP y, subsidiariamente, la inaplicación del art. 565, párr. 1.º CP, en relación con el 407 CP.

3. Con gran consistencia, en esta sentencia se abordan importantes cuestiones jurídico-penales a través de un profundo análisis de los hechos. Con independencia de que se discrepe respecto de determinadas conclusiones y planteamientos de la sentencia, en conjunto, es convincente. La coherencia general de la sentencia contrasta con la argumentación que se encuentra en el Fundamento Quinto, ya que, después de afirmar la inexistencia de consentimiento respecto de la muerte y, por consiguiente, que no había una autopuesta en peligro por parte de la víctima respecto de la muerte, afirma la existencia de imprudencia en la conducta de la víctima y acude a la tan criticada teoría de la concurrencia de culpas para calificar los hechos como imprudencia simple. No se entiende en base a qué hechos se fundamenta la imprudencia de la víctima, puesto que si no hay creación de un riesgo nuevo por parte de la víctima no hay imprudencia. Por otro lado, si no hay creación de un riesgo distinto por parte de la víctima, o en su caso de un tercero, no cabe hablar de «concurrencia de culpas». Por último, degradar la imprudencia del autor por existir imprudencia de la víctima, aplicando el criterio de la concurrencia de culpas supone, pese a la utilización de una terminología distinta, introducir en el Derecho Penal el criterio de la compensación de culpas de carácter puramente civilista.

II

4. El Tribunal Supremo examina, en un primer momento, la posibilidad de aplicar en este caso el art. 348 CP 1973 para imputar a José María G.J. la muerte de David D. Con esta finalidad, estudia las distintas teorías que, tras la reforma del Código Penal en 1983, han sido defendidas respecto de los requisitos necesarios para poder castigar por un delito cualificado por el resultado; en un segundo momento, toma en consideración la posibilidad de apreciar la existencia de dolo en la conducta de José María G.J. respecto de la muerte de David D. en alguna de sus modalidades. A propósito de la concurrencia del dolo efectúa un breve, pero profundo estudio, de la doctrina de la Sala Segunda al respecto, decantándose por lo que considera una «solución ecléctica», que, esencialmente, configura un concepto objetivo de dolo, a la luz de la teoría de la imputación objetiva. En un tercer momento, examina la posibilidad de apreciar imprudencia en la conducta de José María G.J. respecto de la muerte de David D., ofreciendo una clara definición de cuál es el contenido de la imprudencia y de cómo realmente se determina el deber objetivo de cuidado; en la misma línea de consideraciones sobre la con-

currencia o no de imprudencia afirma la necesidad de probar, también, la existencia de un nexo causal entre la conducta imprudente y el resultado. En esta dirección, analiza el contenido y eficacia del consentimiento para la exclusión del nexo causal, en base a entender que la asunción del riesgo por parte de la «víctima» supone una autopuesta en peligro que excluye la imputación del resultado al «autor». En la sentencia, sin embargo, no se toma en consideración el hecho de que no se trata de un problema de prueba del nexo causal sino de prueba de la concurrencia o no de un nexo jurídico. Asimismo, no advierte que junto al problema de imputación del resultado se suscita un problema de determinación de la autoría, puesto que quién realmente se causa la muerte es la propia víctima, planteándose, en consecuencia, un problema de autoría mediata o de autoría en comisión por omisión. Por último, se llega a la calificación de imprudencia simple por aplicación del concepto de la «concurrencia de culpas» cuando realmente no existe esta concurrencia.

5. Como decíamos, el primer punto objeto de análisis es el tratamiento de los delitos cualificados por el resultado tras la Reforma del Código Penal por la LO 8/1983, en la que se introduce la cláusula del tercer inciso (1) del art. 1.º del CP según la cual «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiera causado al menos por culpa», consagrando el principio de responsabilidad subjetiva respecto de los delitos cualificados por el resultado. Al respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han ido fluctuando entre entender que es suficiente que concorra imprudencia respecto del resultado para apreciar la existencia del correspondiente delito cualificado por el resultado (2); o considerar que sólo son aplicables cuando existe imprudencia y que si concurre dolo hay que acudir a la solución concursal; otra corriente entiende que es necesario en todo caso probar la concurrencia de dolo o, para otros, que cabe calificar como delito cualificado por el resultado tanto si existe dolo como si existe imprudencia respecto del resultado y, por último, como solución discutible pero finalmente predominante en la jurisprudencia (3), entender que sólo se puede castigar por un delito cualificado por el resultado cuando existe dolo eventual respecto de éste, entendiendo que en los demás casos hay que acudir a la solución concursal. En la sentencia estudiada, aun cuando a primera vista parece que se decanta por la teoría de la jurisprudencia dominante, en último término, expresamente, rechaza entrar «...en la polémica en torno a si la culpa o impru-

(1) La sentencia se refiere al segundo inciso, en el que se concreta el principio de culpabilidad, «No hay dolo sin pena ni culpa», es decir, a la exclusión de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, en este caso se plantea, en concreto, el problema de los delitos cualificados por el resultado, al cual se refiere el tercer inciso.

(2) Cfr. STS 19 de noviembre de 1990.

(3) Por citar algunas de las sentencias que siguen esta línea: STS 30 de marzo de 1985, STS 3 de abril de 1985, STS 11 de noviembre de 1987, STS 6 de abril de 1988 o STS 23 de abril de 1992.

dencia respecto al resultado agravatorio permite o no la aplicación del art. 348».

6. Respecto a las posibilidades de aplicación de los delitos cualificados por el resultado tras la reforma del Código Penal de 1983, la doctrina y la jurisprudencia se han manifestado reiteradamente (4), por lo que en esta sede no es necesario extenderse en las distintas fundamentaciones alegadas para defender las distintas posturas doctrinales (con mayor motivo cuando con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 la situación cambia sustancialmente).

Aun cuando, por las razones aludidas, no creo necesario profundizar en el análisis sobre la situación creada tras la reforma del Código Penal de 1983, respecto de los delitos cualificados por el resultado, pienso que sí es importante examinar la nueva situación que al respecto se plantea con el Código Penal de 1995. Decir que en el nuevo Código Penal han desaparecido materialmente los delitos cualificados por el resultado es más que dudoso. Es cierto que los más conocidos y estudiados, como el que se examina en la sentencia, art. 348, delito contra la salud pública con resultado de muerte, o el aborto con resultado de muerte o lesiones, el robo con homicidio..., han sido suprimidos, creo que con total acierto, por el legislador. No obstante, si analizamos estos delitos vemos que además de ser delitos cualificados por el resultado son delitos complejos, es decir, delitos en los que se protegían, conjuntamente, dos bienes jurídicos distintos, en general, la vida y la salud junto a otros bienes jurídicos (5). Por consiguiente, su desaparición debería de encuadrarse dentro del criterio legislativo de eliminar los delitos complejos entendiendo, pienso que muy correctamente, que en los supuestos en que se lesionan o ponen en peligro dos o más bienes jurídicos la solución correcta, en general, será la vía del concurso (6).

(4) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Resultado de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, ADPCP 1989, pp. 322 y ss.

Con anterioridad a la Reforma de 1980, vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (1966) Reimpresión, 1990, pp. 171 y ss., que nos ofrece una completa panorámica de las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales antes de la Reforma de 1983. Es de reseñar que el autor termina diciendo que el problema sólo se puede solucionar correctamente con la intervención del legislador. Es posible que, el Código de 1995, al menos en este aspecto, nos ofrezca la solución correcta.

(5) Cfr. MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983*, CPC 1987, pp. 220-221, entiende que no son delitos complejos y rechaza su especificidad por entender que en los delitos cualificados por el resultado en el tipo base se contiene ya un grado mayor o menor de peligro para el bien jurídico que finalmente resulta lesionado.

(6) Esta era también la solución adoptada en el Proyecto de Código Penal de 1980. Sobre esta reforma vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del proyecto de Código Penal español de 1980 II*, ADPCP 1983, pp. 124 y ss., no se muestra partidario de la solución del concurso ideal por entender que no es la más idónea.

7. Pese a este intento del legislador de eliminar los delitos cualificados por el resultado, ahondando en la línea de excluir cualquier vestigio de responsabilidad objetiva en el Código Penal, podemos afirmar que los delitos cualificados por el resultado subsisten en varios supuestos en los que se tipifican modalidades agravadas en atención a la mayor gravedad del resultado, es decir en supuestos de progresión delictiva o de tipos agravados en base a un resultado especialmente grave que afecta al mismo bien jurídico protegido en el tipo base o a aspectos conexos con éste (7).

Cualificados por el resultado son, por poner algunos ejemplos, los artículos 149 y 150 CP donde se mantienen tipos agravados de lesiones para los supuestos en los que «por cualquier procedimiento» se causen resultados especialmente graves como la pérdida o inutilización de órgano o miembro principal o impotencia, deformidad...; los artículos 250, 6.º o 264, 5.º CP en los que se cualifica el delito de estafa o de daños en atención a la situación en que se deje a la víctima o su familia; en los delitos contra el medio ambiente, por ejemplo, art. 325, e) cuando «se cause un riesgo de deterioro irreversible» o art. 334, 1. y 2. cuando se cace o pesque especies o subespecies amenazadas o catalogadas o en peligro de extinción; en los delitos de incendio art. 352, 2. CP «que haya existido peligro para la vida o integridad física» o el art. 353, que en cada uno de sus apartados tipifica una cualificación por el resultado: art. 353.1.º «Que afecte a una superficie de considerable importancia», art. 353.2.º «cuando se deriven graves efectos erosivos en los suelos», art. 353.3.º «altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecte a algún espacio natural protegido» ó art. 353.4.º «cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados» (8).

8. En la mayoría de estos supuestos para la agravación de la pena por el resultado más grave se utiliza la misma técnica legislativa que para las circunstancias agravantes e, incluso, se denomina a estos resultados más graves «circunstancias». Creo, sin embargo, que junto a la necesaria diferenciación entre circunstancias agravantes genéricas (previstas en la Parte General en el art. 22. CP, en relación con todos los

(7) En Alemania, donde se mantienen los delitos cualificados por el resultado, se distingue entre delitos cualificados por el resultado propios, donde se protege un mismo bien jurídico, y se aplican cuando se produce una combinación dolo/imprudencia, y delitos cualificados por el resultado impropios, en los que se tipifica como tipo agravado la comisión de un tipo básico unida a la producción de un resultado de muerte o lesiones (& 307 StGB, incendio agravado por el resultado de muerte), es decir, los llamados delitos complejos; en estos casos se castiga por el tipo agravado en concurso ideal con el homicidio doloso o imprudente, vid. SCHÖNKE/SCHRÖDER, 24.ª ed. & 18, núm. 6; HRUSCHKA, GA 67, p. 48.

(8) En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. 4.ª ed. (corregida y puesta al día), Barcelona 1996, p. 287, pone de manifiesto que pese a la voluntad del legislador de erradicar cualquier vestigio del *versare in re illicita*, subsisten delitos cualificados por el resultado, poniendo como ejemplo, el art. 418 CP, que habla de «resultara grave daño para la causa pública o para tercero».

delitos de la Parte Especial) y circunstancias agravantes específicas (previstas expresamente en la Parte Especial respecto de uno o varios delitos) (9), hay que distinguir entre circunstancias agravantes específicas que afectan al modo de realizar la conducta, a los medios empleados, a los hechos concurrentes en dicha conducta... y circunstancias agravantes «específicas» que materialmente consisten en la producción de un resultado más grave.

En la jurisprudencia puede apreciarse que, aun cuando no se diga expresamente, se diferencia entre unas y otras «circunstancias específicas». Ello es así porque, respecto de la aplicación de las circunstancias que afectan a la modalidad de conducta, se entra en consideraciones sobre la necesidad de que concurra el elemento subjetivo respecto de dicha circunstancia, mientras que en relación con aquellas circunstancias que constituyen, realmente, un resultado más grave se utilizan criterios puramente objetivos para su estimación. Este diferente tratamiento no está legalmente justificado puesto que de acuerdo con el artículo 14.2. CP es necesario probar el conocimiento, por parte del sujeto, de todos los elementos del tipo para poder castigar por el correspondiente delito doloso (10).

En relación con las circunstancias agravantes específicas, en la sentencia de 27 de enero de 1995, claramente se afirma que «...se excluye el dolo del tipo agravado, ya que no es posible afirmar que obró con conocimiento de los elementos del mismo. Por lo tanto se trata de un caso de ignorancia vencible —el autor hubiera podido informarse de dichas circunstancias revisando cuidadosamente el arma— que recae sobre un elemento esencial que agrava la pena, en el sentido del artículo 6 bis a) CP, por lo que, como lo establece esta disposición, se excluye la agravación». Como puede apreciarse en esta sentencia el Tribunal observa cuidadosamente el principio de responsabilidad subjetiva que afecta a cualquier elemento que aumente la gravedad final de la pena, no únicamente, a aquellos elementos típicos que configuran el tipo básico (11). Sin embargo, junto a este correcto criterio jurisprudencial, en otras sentencias (12), se afirma que la prueba del error, en este caso el desconocimiento de una circunstancia agravante, ha de ser probada por quien la alega, con lo cual se invierte la carga de la prueba y se infringe el principio de presunción de inocencia.

(9) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, pp. 254-255, entiende que el art. 14. 2. CP al hacer referencia a «hecho que cualifique» y «circunstancia agravante» comprende tanto las circunstancias agravantes específicas (elementos típicos accidentales) como las circunstancias agravantes genéricas, del art. 22. CP.

(10) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 255, que entiende que el art. 14.2 CP debe de interpretarse en el sentido de exigir el conocimiento de todo elemento que agrave la pena.

(11) En el mismo sentido, STS de 7 de julio de 1995, que entiende que cualquier circunstancia que agrave la pena, en relación con el tipo básico, requiere ser alcanzada por el dolo.

(12) Así, por ejemplo, STS de 10 de enero de 1995.

La situación es diametralmente opuesta cuando se trata de la apreciación de un tipo agravado en base a la producción de un resultado más grave, tipos a los que seguiremos denominando «delitos cualificados por el resultado». En estos casos se entra en toda clase de consideraciones sobre la causalidad, la imputación objetiva o incluso sobre la concurrencia del resultado pero no se discute la necesidad de que el dolo del autor abarque la probabilidad de producción de ese resultado más grave (13), ni tan siquiera si ha de concurrir imprudencia al respecto (14), incumpléndose, por tanto, el principio de responsabilidad subjetiva. Por consiguiente, el legislador al no haber suprimido por completo la cualificación por el resultado y haber eliminado, al mismo tiempo, la cláusula prevista en el tercer inciso del artículo 1.º CP 1973, puede provocar, en la práctica, que se adopten resoluciones que lesionen el principio de responsabilidad subjetiva.

9. La solución que se ofrezca sobre en qué supuestos es posible aplicar estos «delitos cualificados por el resultado» no puede dejar de tomar en consideración la nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal que, de acuerdo con el artículo 11.2 CP, pasa de una incriminación abierta —*numerus apertus*— a una incriminación cerrada —*numerus clausus*—. Con independencia de las distintas consecuencias que este cambio conlleva en atención a múltiples aspectos de la teoría del delito, en concreto, respecto de los «delitos cualificados por el resultado» es obligado interpretar que, en todo caso, se deberá probar la existencia de dolo, al menos eventual, respecto del resultado más grave, exceptó en aquellos supuestos en los que se incrimine también la comisión imprudente, donde la solución puede seguir siendo la concursal. En el supuesto en que no esté prevista la comisión imprudente, si no existe dolo respecto del resultado más grave se debería condenar, exclusivamente, por el tipo básico doloso. Si cupiese la comisión imprudente, el tipo aplicable tampoco es el «delito cualificado por el resultado», sino el tipo básico doloso en concurso ideal, en su caso, con el correspondiente delito imprudente (15). Esta afirmación se fundamenta, por un lado, en la

(13) Cfr. STS de 30 de noviembre de 1990, en la que la Audiencia había condenado al director de la central de Cerc, como autor del tipo básico contra el medio ambiente del art. 347 bis, párrafo 1. La Audiencia considera que no es aplicable la agravación prevista en el párrafo tercero del mismo artículo por entender que no se produjo un deterioro irreversible. El Tribunal Supremo casa la sentencia y entiende que sí se produce un deterioro irreversible, pero en ninguna de las dos instancias, ni por parte de ninguna de las partes, se plantea la necesidad de probar que el autor conocía que realmente los vertidos producían un deterioro irreversible, como elemento subjetivo necesario para poder castigar por el tipo agravado.

(14) En relación con la sentencia examinada en la nota 13, para que concurra imprudencia respecto del resultado de «deterioro irreversible», sería necesario que, al menos, se pudiera saber que se podía producir ese resultado y que el director tuviera el deber de saberlo.

(15) Ello siempre que, como veremos, no se entienda que la nueva regulación del error de tipo impide en estos casos el castigo por el resultado más grave, aun cuando exista imprudencia respecto de su producción.

incriminación cerrada de la imprudencia, prevista en el artículo 11 CP, según la cual los delitos previstos en la Parte Especial son delitos dolosos, excepto cuando expresamente esté previsto un tipo imprudente, y, por otro, en la inexistencia de una cláusula semejante a la prevista en el anterior párrafo tercero del artículo 1.º CP 1973, que hubiese permitido, en estos casos, castigar si concurría imprudencia respecto del resultado más grave, aun cuando no estuviese expresamente prevista la comisión imprudente del tipo.

10. Por consiguiente, la teoría que se adopte respecto a la necesidad de dolo o/y imprudencia respecto del resultado en los «delitos cualificados por el resultado» tiene que tomar en consideración, junto al sistema de incriminación cerrada de la imprudencia, la desaparición de la mencionada cláusula, a la que precisamente se refiere la sentencia objeto de este comentario. Como decíamos, la existencia de esta cláusula hubiera permitido, si no se tenían en cuenta otras consideraciones sobre principios fundamentales del Derecho Penal, como el de intervención mínima o fragmentariedad, castigar por el delito cualificado siempre que se probase la concurrencia de imprudencia respecto del resultado (16). En el Código Penal de 1995 se repite, en el artículo 5, la fórmula que, desde la reforma de 1983, estaba prevista en el segundo inciso del artículo 1 CP 1973 «No hay pena sin dolo o culpa» (17), pero desaparece el tercer inciso donde se hacía una especial referencia a los delitos cualificados por el resultado. Es de suponer que la voluntad de suprimir los delitos cualificados por el resultado y de cumplir estrictamente con el principio de responsabilidad subjetiva, ha llevado al legislador a eliminar esta cláusula. Al no cumplirse la presunta voluntad del legislador de suprimir los delitos cualificados por el resultado, la desaparición de la cláusula supone consecuencias importantes respecto de los «delitos cualificados por el resultado» que subsisten. Si la cláusula se hubiera mantenido, la discusión sobre la necesidad de concurrencia de dolo o la suficiencia de la imprudencia respecto del resultado seguiría vigente, ya que en el artículo 12 CP se prevé que «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley», con lo que la existencia de la cláusula supondría otra vía de incriminación de

(16) Por lo demás, esta interpretación es la única que se ajusta no sólo al tenor literal del artículo sino sobre todo a la voluntad del legislador de agravar las penas en aquellas modalidades de comportamiento en las que la «cualificada» previsibilidad del resultado más grave fundamenta político-criminalmente, por motivaciones de prevención general, la agravación», en este sentido, CORCOY BIDASOLO, ADPCP, 1989, p. 323; MAQUEDA ABREU, CPC 1987, p. 23, añade que la doctrina encuentra el fundamento de la agravación legal «en un contenido de injusto adicional», junto a las razones de prevención general.

(17) En el art. 5 del Código Penal de 1995 se sustituye el término «culpa» por el de «imprudencia», esta modificación tiene un significado de unificar la terminología utilizada en el Código acogiendo el término «imprudencia» por ser menos confuso que el de «culpa», que tiene una calar reminiscencia culpabilística y un significado o acepción coloquial de atribución de responsabilidad.

la imprudencia también por ley (18). En consecuencia, hemos de concluir que la incriminación cerrada de la imprudencia junto a la desaparición de la cláusula prevista en el anterior art. 1. CP 1973 y la nueva regulación del error de tipo ha de conducir a que en todos los supuestos en que se preveen tipos agravados en base a un resultado más grave será necesario probar la existencia de dolo, aun cuando sea eventual, respecto de la producción de ese resultado, ya que la no concurrencia de dolo debería conducir a castigar, únicamente, por el tipo base (19).

A, creyendo que B tiene muchas propiedades, le engaña e induce a error, haciéndole creer que si le deja una determinada cantidad de dinero obtendrá un beneficio de un 15% en un mes. B le entrega la cantidad y A no le devuelve ni los intereses ni el principal. B, pese a las apariencias de poseer fortuna, sólo poseía la cantidad entregada por lo que queda en la ruina. En este caso, A sólo podrá ser castigado por el tipo básico de estafa, puesto que no concurre dolo respecto de la posibilidad de que su conducta cause la ruina de B.

11. Si el sujeto desconoce la posibilidad de que se produzca ese resultado más grave, y no cabe la comisión imprudente del tipo, la interpretación más ajustada del Código conduce a afirmar que se deberá castigar, exclusivamente, por el tipo básico, ya que el hecho de no estar prevista la comisión imprudente de ese tipo impide su apreciación cuando únicamente concurre imprudencia respecto del resultado más grave (20). Esta interpretación se fundamenta, asimismo, en la regulación del error en el Código Penal de 1995. La voluntad del legislador de ceñirse al máximo al principio de responsabilidad subjetiva se completa con la

(18) En Alemania, donde existe una incriminación cerrada de la imprudencia, se mantiene esta cláusula, en el § 18 StGB, lo que permite castigar los delitos cualificados por el resultado cuando, únicamente, existe imprudencia respecto del resultado, pese a tener un sistema de incriminación cerrada de la imprudencia y no estar prevista la comisión imprudente de dicho delito. Sobre esta cláusula SCHÖNKE-SCHRÖDER, 24.^a ed., § 18 núms. 2-6, entendiéndose que es suficiente una imprudencia simple —*Leichtfertigkeit*— respecto del resultado para apreciar la existencia del correspondiente delito cualificado por el resultado, siempre y cuando se pruebe la causalidad entre el hecho doloso o imprudente y el resultado.

(19) En todo caso, cuando decimos que ha de existir dolo respecto del resultado ello no implica que se haya de querer ese resultado sino que, al entender el dolo como conocimiento del peligro concreto creado por la conducta, conocer el peligro concreto implica conocer la exacta eficacia lesiva de la conducta y por consiguiente conocer que se va a producir ese resultado más grave. Sobre el contenido y alcance del dolo volveremos *Infra*. III.

(20) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 287, entiende que en estos casos se puede optar entre exigir el dolo también respecto del resultado más grave o considerar suficiente la imprudencia en base al principio proclamado en el art. 5. CP y, en consecuencia, aplicar el tipo agravado si concurre imprudencia respecto del resultado; LUZÓN PEÑA, *Derecho Penal. Parte General*, 1996, p. 451, parte de que el art. 14.2 CP se ha de interpretar en el sentido de que el desconocimiento de una circunstancia agravante impide en todo caso su apreciación.

nueva redacción del artículo 14.2 CP, en relación con la prevista en el artículo 6 bis)1 CP 1973, respecto del error. A diferencia de la regulación anterior, en el art. 14 CP se distingue entre «hecho constitutivo de la infracción penal» y «hecho que cualifique la infracción penal o circunstancia agravante», entendiéndose que sólo cuando el error recaiga sobre un «hecho constitutivo de la infracción penal», el error vencible puede dar lugar, en su caso, a castigar la infracción como imprudente, mientras que el error, ya sea vencible o invencible, «sobre un hecho que cualifique la infracción penal o sobre una circunstancia agravante» excluye la cualificación o la agravación (21). Respecto a las circunstancias agravantes, en sentido estricto, este precepto viene a confirmar la interpretación, que con la anterior regulación, se había defendido: la aplicación, en caso de error sobre una circunstancia agravante del artículo 60. 2 CP. 1973 (22).

En relación con cuál deba de ser la consecuencia respecto de los «delitos cualificados por el resultado», el primer problema que suscita esta redacción es saber cuándo estamos frente a un «hecho constitutivo» o ante un «hecho que cualifica la infracción». La interpretación más simple, formalista, nos llevaría a entender que serán «hechos constitutivos» aquellos que configuran el tipo básico, mientras que serán «hechos que cualifican» los que se prevean en los tipos agravados. Esta dificultad se acentúa en base a que, cuando examinamos diversos delitos previstos en la Parte Especial, nos encontramos con que en la redacción de los preceptos se consideran «circunstancias» la producción de un resultado más grave que el previsto en el tipo básico (23). El segundo problema, es, si cabe, más complejo, ya que, una vez interpretado que un determinado elemento es un «hecho que cualifica», en el caso de que no exista dolo respecto de ese elemento será necesario determinar si el artículo 14.2 CP impide, en todo caso, tomar en consideración el castigo por la imprudencia concurrente respecto de la producción de ese «hecho que cualifica» o si, por el contrario, se puede seguir acudiendo a las reglas generales de imputación y de concurso (24).

(21) En relación con la nueva redacción del error en el Código Penal de 1995 puede suscitarse un problema interpretativo añadido si se concede relevancia al dato de que se haya cambiado el término «elemento» por «hecho». Con una interpretación literal del precepto podría afirmarse que el error de tipo no es aplicable respecto de elementos normativos o valorativos del tipo, ya que estos elementos no son «hechos». Por consiguiente, el error sobre uno de estos elementos, en su caso, sólo podría constituir un error de prohibición, siempre y cuando el desconocimiento de esos elementos conllevase el desconocimiento de la ilicitud del hecho.

(22) Cfr. MIR PUIG, *Conocimiento y voluntad en el dolo*, CGPJ 1994 XXXIII, p. 18, el error vencible o invencible sobre una circunstancia agravante excluye su aplicación.

(23) Un ejemplo claro de esta confusión lo encontramos en el art. 353 CP que, en todos sus apartados, tipifica diversos supuestos de resultados graves, denominando, sin embargo, a estos resultados «circunstancias».

(24) Vid. Supra nota 20.

12. Este problema se suscita, de forma más clara, en los casos en que se prevé la incriminación de esas modalidades delictivas por imprudencia. En estos casos, pese a la redacción del artículo 14.2 CP creo que razones de justicia material abonan apoyar la solución del concurso ideal entre el tipo básico doloso y el tipo agravado por imprudencia. La ausencia de dolo respecto del tipo agravado no excluye, por un lado, la aplicación del tipo básico doloso y, por otro, la consideración sobre la posible concurrencia de imprudencia respecto del tipo agravado. En contra de esta interpretación se puede alegar que conculca el principio de *non bis in idem*, ya que el castigo por el tipo agravado imprudente se sustenta en los mismo hechos que fundamentan el castigo por el tipo básico doloso (25).

A esta crítica se le puede objetar que el concepto de concurso ideal, y la solución que el Código ofrece para la aplicación de las penas en esta modalidad concursal, ya tiene en cuenta la existencia de un solo hecho que crea dos riesgos típicos distintos. En base a esta superposición de injustos en una misma conducta, en el artículo 77 CP (26), se establece una regla especial de aplicación de la pena diferente de la prevista para el concurso real. En el concurso ideal, al tomarse en consideración que «un solo hecho constituya dos o más infracciones», la pena final no surge a partir de la acumulación material (con el límite de la acumulación jurídica) sino que se aplica, en su mitad superior, la pena prevista para la infracción mas grave. En estos casos, la conducta del sujeto crea un riesgo típico doloso respecto del tipo básico y, al mismo tiempo, un riesgo típico imprudente respecto del resultado más grave, por lo que al concurrir un injusto mayor injusto le corresponderá mayor pena.

13. Examinemos un supuesto en el que concurre un tipo básico doloso e imprudencia respecto del resultado más grave:

A pretende incendiar una parcela de bosque para conseguir una licencia de edificación y procura evitar que el incendio se propague al resto del bosque, pero sin tomar las medidas de precaución necesarias y resulta quemada una considerable extensión de terreno boscoso. En este caso, A realiza dolosamente el tipo básico de incendio forestal, art. 352.1 CP, pero al mismo tiempo, se produce el resultado previsto en el art. 353.1.^o CP, como consecuencia de que ha infringido el deber de cuidado necesario para evitar ese concreto resultado.

(25) Cfr. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, 1995, pp. 232 y ss., justifica la diferenciación entre concurso real e ideal de delitos precisamente en el hecho de que la peculiaridad del concurso ideal de delitos estriba en que un mismo sustrato material soporta valoraciones diversas, y por tanto constituye varios delitos; en sentido diverso, CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos en el anteproyecto de CP de 1990*, ADPCP 1991, pp. 845 y ss.

(26) La regla de aplicación de las penas en el concurso ideal es análoga a la prevista en el art. 71 CP 1973, con la lógica diferencia debida al distinto sistema de penas: «mitad superior» en lugar de «grado máximo».

De entre las soluciones posibles cuando, como en este caso, expresamente, se incrimina la comisión imprudente del tipo agravado, vamos a analizar algunas:

1) Interpretar que el artículo 14.2 CP tiene un efecto de «cierre» y que siempre que un determinado resultado se conciba como «hecho que cualifique» no se puede tomar en consideración, en ningún caso, el tipo agravado, ya que de otro modo se infringiría el principio de legalidad. En el ejemplo enunciado ello nos llevaría a castigar únicamente por el artículo 352.1 CP.

2) Apreciar la existencia de un concurso de leyes entre las dos infracciones cometidas: el delito doloso o el delito imprudente. Esta interpretación suscita dos problemas, el primero, desde una perspectiva de antijuricidad material, que sea cual sea la calificación de los hechos se estará olvidando que el sujeto creó otro riesgo típico distinto del que se está tomando en consideración. Es decir, que no se trata de que legalmente los hechos se puedan calificar de dos maneras distintas y que sólo una de esas calificaciones es la adecuada sino de que la conducta del sujeto realiza dos injustos distintos. El segundo problema que se plantea es la decisión sobre qué criterio de solución del concurso de leyes, de entre los previstos en el artículo 8 CP, sería el aplicable. Si acogemos el principio de especialidad, artículo 8.1 CP, castigaríamos de acuerdo con el artículo 353.1.º CP en relación con al artículo 358 CP, mientras que si tomamos en consideración el principio de alternatividad, previsto en el artículo 8.4.º CP, castigaríamos por el art. 352.1 CP.

3) Entender que, en estos casos, de acuerdo con el artículo 5 CP, se podrá castigar por el tipo agravado siempre que exista imprudencia respecto del resultado más grave, es decir, castigar por el tipo agravado siempre que concurra imprudencia respecto de los hechos que cualifican. En el caso examinado, deberíamos de calificar los hechos conforme al tipo agravado previsto en el artículo 353.1.º CP. Desde esta perspectiva, la solución sería la misma en los supuestos en que no esté prevista la comisión imprudente de los hechos examinados (27). No obstante, con esta solución, que materialmente, podría parecer como la más adecuada, se olvida que la incriminación cerrada de la imprudencia, la regulación del error y la ausencia de una cláusula semejante a la prevista en el tercer inciso del artículo 1.º CP 1973 impiden de *lege lata* adoptar esta interpretación. Esta solución tampoco es satisfactoria desde el momento

(27) Así, por ejemplo, en el supuesto que planteábamos, *Supra* II.10, respecto al tipo agravado de estafa en base a la causación de la ruina del perjudicado, habría que examinar si el autor había sufrido un error invencible sobre la capacidad económica de la víctima, en cuyo caso sólo se le castigaría por el tipo básico de estafa, al no concurrir imprudencia respecto del resultado, o si el autor ha incurrido en un error vencible, porque con el cuidado debido habría advertido la real situación económica de la víctima, con lo que se castigaría por el tipo agravado de estafa, por concurrir imprudencia respecto del resultado de ruina.

en que castiga igual los supuestos en los que existe dolo respecto del resultado más grave y los que concurre imprudencia.

3) La solución, que se estima preferible, y a la que ya se ha hecho referencia, será la de apreciar la existencia de un concurso ideal entre el tipo básico doloso y el tipo agravado imprudente, con lo que aplicaríamos la pena prevista en el artículo 352.1 CP en su mitad superior. Sólo de esta forma se atiende, al mismo tiempo, al principio de legalidad y al de antijuricidad material.

En todo caso, no sería admisible, una cuarta «solución», consistente en aplicar el tipo agravado por la mera prueba de la producción de ese resultado más grave junto a la prueba de la existencia de imputación objetiva, o causalidad, entre la conducta y ese resultado más grave, ya que de esta forma se infringe directamente el principio de responsabilidad subjetiva y volvemos a la comprensión de los delitos cualificados por el resultado como expresión de responsabilidad objetiva en el Derecho Penal.

III

14. En un segundo momento, la sentencia pasa a examinar la concurrencia de dolo, respecto del resultado de muerte, en la conducta de José María G.J. El recurrente alega la existencia de dolo directo por parte del vendedor, pretensión que el Tribunal niega por cuanto no consta que la finalidad de la venta de la droga a la víctima fuera la de producirle la muerte. La supuesta voluntad homicida se contradice con el desconocimiento por parte del acusado José María G.J. de la mayor concentración de heroína de lo habitual en la droga vendida. Para el Tribunal Supremo, con toda razón, ese desconocimiento de la mayor concentración de heroína excluye, incluso, la existencia de dolo eventual en la conducta del acusado.

15. Para fundamentar la afirmación anterior, en la sentencia se alude a las distintas teorías dogmáticas seguidas por la Sala Segunda respecto del contenido del dolo eventual: la de la probabilidad, la del sentimiento y la del consentimiento. Esta última ha sido, tradicionalmente, la dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo por entender, tal y como se afirma en la propia sentencia, que es la menos equívoca y la que restringe en mayor medida el ámbito del dolo eventual. No obstante, en la misma sentencia, se hace referencia a la nueva línea jurisprudencial (28), que adopta para la caracterización del tipo objetivo la

(28) Esta doctrina jurisprudencial parte, básicamente de la STS 3-4-1992, siendo ponente BACIGALUPO, que establece unos criterios sustentados, posteriormente, en otras muchas sentencias, por ejemplo, STS 16-11-1992, donde se afirma que «no cabe excluir el dolo, pues conociendo el autor el peligro de su acción y sabiendo que actuaba no es posible poner en duda que sabía lo que hacía». Esta doctrina está teniendo una gran repercusión en la Sala Segunda, aun cuando, otros ponentes matizan, con criterios cercanos a la teoría del consentimiento, esta concepción normativa del dolo.

teoría de la imputación objetiva (29), consistiendo dicho tipo objetivo en la creación de un peligro concreto jurídicamente desaprobado (30). En consecuencia, la existencia de dolo, entendido como dolo típico, depende del conocimiento que tenga el autor del peligro concreto implícito en su acción. La aceptación del resultado se presume cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias (31).

La sentencia examinada, sin embargo, no se decide a romper con la teoría del consentimiento, defendiendo una teoría ecléctica que conjuga, en un nivel de declaración de principios (32), las tesis de la probabilidad y del consentimiento, entendiendo por dolo eventual la ejecución de la acción con conocimiento del peligro y conformándose con la producción del resultado, es decir, con un doble contenido del dolo: cognoscitivo y volitivo. La dificultades de la jurisprudencia, y de un amplio sector doctrinal, para prescindir del elemento volitivo del dolo sólo puede entenderse desde una concepción del dolo natural con reminiscencias del dolo malo, con connotaciones culpabilísticas de «reproche», en el sentido de la «voluntad homicida» a la que se refiere la sentencia. No puede justificarse cuál es el significado (33) o la función (34) del ele-

(29) CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 335 y ss., se distingue entre presupuesto de imputación —juicio sobre el injusto típico— e imputación objetiva, en sentido estricto —imputación del resultado al injusto típico—. La imputación, como imputación de un hecho a su autor, sólo es objetiva, en tanto en cuanto, se examina a través de un juicio objetivo y no de acuerdo con la opinión del autor. La imputación del resultado al injusto típico si es objetiva, en sentido estricto, pues este aspecto no afecta a la norma prohibitiva sino a la punibilidad. En este sentido, con distintos matices, MIR PUIG, *Función de la pena*, 2.ª ed., pp. 65 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 415 y ss.; FRISCH, *Vorsatz*, p. 60; de otra opinión, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 47 y ss., propone la utilización del término imputación objetiva tanto respecto del momento de la creación del riesgo como de la realización. Esta opción, aun cuando, como afirma su autora, pueda parecer meramente terminológica y no repercutir en las soluciones a adoptar, tiene consecuencias en los criterios defendidos por Martínez Escamilla que defiende un planteamiento puramente objetivo del momento de la creación del riesgo.

(30) Este planteamiento es incorrecto puesto que el peligro solo será «jurídicamente desaprobado» cuando junto a la puesta en peligro de un bien jurídico penal relevante no concurra una causa de justificación, en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 112.

(31) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, en «Estudios de Derecho Penal», 2.ª ed. 1980, *passim*, y, en particular, pp. 254 y ss., fue el primer autor que defendió en España la teoría de la probabilidad, con argumentos que explican la innecesariedad de exigir un elemento volitivo en el dolo eventual, y, en concreto, poniendo de manifiesto que la teoría de la probabilidad fija unos límites estrictos al dolo.

(32) CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 278 y ss., examina esta constante en la doctrina del Tribunal Supremo de defender una serie de teorías que luego no aplica en el caso concreto, en este caso, en relación con la prueba del dolo.

(33) Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, p. 12, afirma que el querer carece de cualquier significado en el dolo.

(34) Cfr. KINDHAUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, ZStW 96 (1984), p. 22, entiende que el querer es el elemento propio del «Absicht» (dolo directo de primer grado) pero que carece de cualquier función en el dolo directo (de segundo grado) y en el eventual.

mento volitivo del dolo, que por otro lado, no se requiere ni en el dolo directo de segundo grado ni en el error de tipo que excluye el dolo en base a la ausencia del elemento cognoscitivo, sin que en ningún caso se haga referencia a la concurrencia o ausencia del elemento volitivo (35). La voluntad es un elemento de la acción (36) y no puede probarse una voluntad distinta de la propia del comportamiento humano voluntario (37). Tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes el autor realiza un comportamiento humano voluntario, la diferencia estriba en el distinto contenido del conocimiento que tiene el sujeto respecto del «concreto peligro» creado por su conducta.

17. La reticencia a prescindir del querer como elemento del dolo lleva a que la sentencia se muestre favorable a la aplicación de la teoría ecléctica (38), pero la imposibilidad de probar el elemento volitivo le lleva a concluir afirmando que: «en todo caso, lo exigible es la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene» (39). La sentencia, en base a esta premisa, concluye que el desconocimiento por parte de José María G.J. del peligro concreto que creaba su conducta excluye la existencia de dolo en cualquiera de sus modalidades, es decir excluye la posibilidad de concurrencia de dolo, exclusivamente, en base a la ausencia de conocimiento.

Prescindir del elemento volitivo no supone ampliar el ámbito del dolo, siempre y cuando se pruebe que el autor conocía exactamente el peligro inherente a su conducta, con este fin se debe probar que no existía un error en el conocimiento concreto del riesgo por parte del autor. Si el sujeto, pese a conocer que está creando un peligro, no conoce su concreta eficacia estaremos frente a un hecho imprudente —culpa cons-

(35) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 401-402; HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., pp. 435 y ss.

(36) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, p. 401.

(37) En este sentido la KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), p. 23, incluye en su crítica todas las diversas acepciones que como sustitutivos del querer se han propuesto por la doctrina: conformarse, aceptar, consentir, estar de acuerdo..., en base a que ninguna de ellas puede ser probada. No se trata, en este caso, de un problema de dificultad de la prueba, sino de imposibilidad de la prueba, ya que es imposible saber qué «voluntad» movía al autor; incluso, en muchas ocasiones, el propio autor no sabe cuál era su «voluntad».

(38) Supra II.15.

(39) Esta «doble vía» seguida por un amplio sector jurisprudencial de partir de teorías que requieren un elemento volitivo en el dolo y luego conformarse con la existencia de conocimiento queda patente en la STS de 22 de junio de 1995, que concibe el dolo como conciencia y voluntad, que han de abarcar los elementos del delito, en este caso, su condición de funcionario y un interés a título particular en un asunto en el que sólo tenía que haber defendido los intereses públicos que le estaban encomendados, afirmando que conocía su condición de funcionario y que se interesaba a título particular, por ser al mismo tiempo adjudicante y adjudicatario, concluyendo por ello la voluntad y conciencia de su conducta, cuando no se da a la voluntad ningún contenido ni se prueba en que consistía esa voluntad y únicamente se prueba el conocimiento de los elementos típicos.

ciente— (40). Para diferenciar el contenido del conocimiento en el dolo y en la culpa consciente es necesario definir el significado exacto de «peligro concreto».

Afirmar que el sujeto conocía el peligro concreto supone probar que tenía un conocimiento exacto de la peligrosidad *ex ante* que implicaba su conducta, es decir, que no existía ni un error sobre la efectiva lesividad de ese peligro ni un error sobre sus posibilidades de controlar ese peligro (41). Por tanto, es necesario distinguir entre los supuestos en que el autor mantiene un control sobre el riesgo creado y los casos en que no existe ese control (42):

1) Supuestos en los que el autor sigue controlando el peligro inherente a su acción: el error puede recaer sobre su capacidad de evitar que ese riesgo, que advierte en su conducta, se concrete en una lesión. En estos casos la «concreción» o eficacia del peligro sigue dependiendo de su capacidad de control. En todo caso esa posibilidad de control ha de ser objetiva, no basada en la creencia irracional del autor en poder evitar la lesión (43).

Quien conduce un vehículo a una elevada velocidad en una carretera transitada y adelanta en línea continua, podrá fundamentar la existencia de un error sobre su capacidad para evitar una lesión si es un conductor avezado y existen posibilidades en la carretera para que en un momento dado puedan cruzarse tres vehículos. Si, por el contrario, es una carretera muy estrecha, muy transitada y el sujeto adelanta cuando viene un vehículo de frente no se podrá admitir que confiaba en su capacidad de evitar la lesión (44).

(40) La posición aquí defendida se aleja en este sentido de la teoría pura de la probabilidad, en el sentido defendido, por ejemplo, por SCHMIDHÄUSER, *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und «bewusste Fahrlässigkeit»)*, JuS 1980, p. 438, que no tiene en cuenta la existencia de un posible error, y defiende que siempre que se conoce la peligrosidad concreta concurrirá dolo eventual, si se conoce únicamente la peligrosidad abstracta estaremos frente a un hecho imprudente.

(41) CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, pp. 54-55; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 282 y ss.; el origen de esta teoría sobre la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente se encuentra en KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), p. 26

(42) Un diferenciación, en parte, similar es la planteada por WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., p. 68, distingue entre los supuestos en los que el autor considera el resultado lesivo como dependiente de su conducta, en los cuales el autor puede confiar en que a través de su habilidad, su capacidad, su cuidado... podrá evitar el resultado y un segundo grupo de casos en los que el autor considera la producción como independiente de su conducta o es consciente de que no puede controlarla, por estar sólo posiblemente, no esencialmente, relacionada con su control. En este segundo grupo de casos su conducta será dolosa cuando cuenta con el resultado, no puede confiar en su ausencia.

(43) En este punto, mi posición se aparta de la de WELZEL, vid. nota 40, ya que para este autor la dependencia o no de la producción del resultado respecto de la conducta se subjetiviza, depende de la propia opinión del autor sobre la dependencia.

(44) Con independencia de que en relación con la relevancia del riesgo tenga una enorme importancia la clase de conducta generadora del riesgo, como veremos *Infra III. 18.*

2) En los supuestos en los que el autor no mantiene un control sobre el riesgo creado y conoce la eficacia lesiva de ese peligro, no puede confiar en que no se produzca la lesión. No obstante, en estos casos puede existir un error sobre la eficacia lesiva del riesgo, es decir, se conoce el peligro pero no se conoce el «peligro concreto».

El sujeto que quema unos matorrales, en una zona boscosa, en un día en el que el viento es muy fuerte conoce el peligro y conoce, por tanto, que no puede «confiar» en controlar ese riesgo, por tanto, no puede alegar desconocimiento del «concreto peligro» creado con su conducta.

Por el contrario, la existencia de un error sobre la efectiva lesividad del riesgo creado se puede suscitar cuando, en el mismo supuesto, no sopla viento y el sujeto está provisto de una manguera. Si en un determinado momento se levanta un vendaval y no logra atajar el fuego, puede fundamentarse el desconocimiento del «concreto peligro» creado por su conducta, en las circunstancias específicas que concurrían en el momento que crea el riesgo: inexistencia de viento y medio para controlar el fuego en esas circunstancias.

En relación con los hechos objeto de la sentencia, no puede probarse que José María G.J. conociese la efectiva lesividad de la droga que vendía, por lo que concurre un erróneo conocimiento del «concreto peligro», es decir, el desconocimiento del concreto peligro que excluye el dolo; por el contrario, si, con anterioridad a la venta de la droga a David D., José María G.J. hubiera tenido conocimiento de que se habían producido otras muertes como consecuencia de inyectarse la droga que él vendía, no podría alegar desconocimiento del «concreto peligro» creado por su conducta.

Un problema particularmente difícil, que puede suscitarse en estos casos de error sobre la efectiva lesividad del riesgo creado, es la posibilidad de que problemas de inimputabilidad fundamenten el desconocimiento de un peligro, desconocimiento que para una persona normalmente motivable no podría justificarse (45).

18. El objeto del dolo es la conducta típicamente relevante y no el resultado (46), sin embargo, como el objeto del dolo es el conocimiento del riesgo inherente a esa conducta, desde una perspectiva *ex ante* (47),

(45) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 97, entiende que el trastorno mental o a oligofrenia no sólo son relevantes en la culpabilidad, como causas de inimputabilidad o, en su caso, de atenuación de la culpabilidad, sino que pueden ser trascendentes en el sentido de impedir o distorsionar el conocimiento de la peligrosidad de la conducta; sobre ello vid. también, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, pp. 59-61; JOSHI JUBERT, *Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad*, ADPCP 1989, pp. 125-140.

(46) Aun cuando ésta no es la sede para entrar en consideraciones al respecto, objeto del dolo es también la situación de ausencia de justificación, sobre ello, entre otros, MIR PUIG, CGPJ 1994 XXXIII, pp. 12-13; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401; FRISCH, *Vorsatz*, p. 505.

(47) Cfr. MIR PUIG, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, ADPCP 1988, p. 672.

el conocer el efectivo riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales equivale a conocer la probabilidad de producción del resultado (48), ya que el peligro se configura como probabilidad de producción del resultado (49).

Los defensores de la teoría estricta de la probabilidad planteaban la solución sobre la relevancia del conocimiento del riesgo en términos prácticamente matemáticos, según el grado de probabilidad de riesgo conocido: conocimiento de la probabilidad de producción del resultado = dolo, conocimiento de la posibilidad de producción del resultado conocida = imprudencia (50). Este planteamiento, excesivamente simplista, debe de ser matizado en una doble dirección. En primer lugar, es necesario tomar en consideración, junto al conocimiento del grado de probabilidad de producción del resultado, la gravedad objetiva del riesgo y la clase de bienes jurídicos afectados (51). En segundo lugar, no podemos olvidar que la idea de la adecuación social (52) juega un importante papel en este ámbito, con independencia de que en muchas ocasiones las restricciones y ampliaciones del ámbito propio del dolo, en base a criterios de adecuación social, no puedan ser justificadas, ni desde una perspectiva dogmática ni desde una perspectiva político-criminal (53).

Para que el conocimiento del riesgo creado con la conducta sea un riesgo típico doloso ese conocimiento del riesgo debe de ser calificado

(48) Cfr. FRISCH, *Vorsatz*, p. 340, que entiende como objeto del dolo la conducta penalmente típica en tanto que ésta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401.

(49) Esta es la razón por la que Supra II.8 defendíamos que para castigar por un tipo cualificado por el resultado es necesario que el sujeto conozca la probabilidad elevada de que se produzca ese resultado más grave o al menos que tuviera el deber de prevenir su producción.

(50) Cfr. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, p. 789; de forma más matizada, SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, p. 249, distingue entre conocimiento de un peligro concreto = dolo y conocimiento de un peligro abstracto = imprudencia.

(51) Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 226, afirma que el grado de probabilidad necesario para que la decisión sea relevante depende del valor del bien jurídico afectado y de la amplitud del riesgo.

(52) PHILIPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, ZStW 85 (1973), p. 27, afirma que existe dolo eventual cuando el autor se decide conscientemente por una conducta que legalmente supone un riesgo máximo y antisocial; SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, p. 19, concibe la adecuación social como criterio limitador de la antijuricidad.

(53) fr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 278-282, poniendo de manifiesto como la jurisprudencia, con independencia de sus declaraciones de principio, toma en consideración la clase de conducta y del autor para calificar las conductas como dolosas o como imprudentes. En este sentido es interesante la STS de 21 de noviembre de 1994, en la que se condena al acusado por homicidio doloso, por haber atropellado a la anciana Josefa D.L. El dolo se fundamenta exclusivamente en la declaración del acusado que manifestó «que atropelló a una peatón porque pensó que la misma era una meiga y que quería matarlo, y que pensaba que era esa señora la que le pinchaba la espalda de noche ocasionándole un gran dolor». Es una de las poquísimas sentencias en que se castiga como doloso un hecho que tiene lugar en el ámbito del tráfico viario y es así exclusivamente porque se produce una confesión.

como relevante. Para que el conocimiento del riesgo sea relevante previamente el riesgo ha de ser objetivamente relevante y la relevancia objetiva dependerá, a su vez, de circunstancias objetivas y de factores subjetivos (54).

Es habitual que en relación con conductas que, en principio, son socialmente adecuadas ni tan siquiera se plantea la posibilidad de que ocurra dolo, cuando en ocasiones parece difícil, por no decir imposible, fundamentar un desconocimiento del «peligro concreto» creado por esa acción. Así, por ejemplo, en el caso del acelerador de neutrones del Hospital Clínico de Zaragoza, que produjo gravísimas quemaduras en numerosos pacientes, que tuvieron que ser internados en la Unidad de Quemados, muriendo algunos de ellos poco tiempo después; parece imposible aceptar que los responsables desconociesen que el acelerador no funcionaba y que estaba causando quemaduras a los pacientes tratados y, sin embargo, seguían utilizando la máquina, sin que exista una explicación racional sobre en qué hecho basaban su confianza de que ese nuevo paciente que exponían a las radiaciones con ese aparato no sufriera también quemaduras. El hecho de que, ni tan siquiera el Ministerio Fiscal o la acusación particular, consideraran ni tan siquiera la posibilidad de la concurrencia de dolo, sólo puede explicarse en una presunción *iuris et de iure* en la «bondad» de los médicos.

Por el contrario, en conductas que están consideradas como merecedoras de reproche social, tráfico de drogas, robos ..., los Tribunales no tienen dificultad en presumir, no ya la voluntad, sino incluso el conocimiento del «concreto peligro» creado por la conducta (55).

Por tanto, se ha de partir de que no existe un determinado porcentaje de riesgo conocido que da lugar a calificar un hecho como doloso y otro porcentaje que nos lleva a calificar los hechos como imprudentes, sino que en la valoración sobre la relevancia del riesgo se deberán tomar en consideración otros factores (56): valor del bien

(54) Sobre la dificultad de encontrar criterios para decidir que riesgos son cualitativa y cuantitativamente relevantes para el Derecho Penal, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 387 y ss.

(55) En este sentido, por ejemplo, la sentencia de la AP Santa Cruz de Tenerife 20 de enero de 1996, condenó al acusado por un delito de lesiones dolosas por tener relaciones sexuales con Ana G.F., que resultó contagiada, sin tomar ninguna clase de precauciones y sabiendo que era portador del virus del SIDA. En la sentencia la existencia de dolo se fundamenta, exclusivamente, en el conocimiento, presumiendo, a partir de éste la aceptación: «conociendo ser portador del VIH, y que el mismo se transmite por relaciones sexuales, sin embargo realiza éstas sin adoptar precaución tan elemental como el empleo de preservativo, representándose y aceptando el contagio que, en su caso, pueda ocasionar.»

(56) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, pp. 232 y ss., donde plantea la cuestión de si el grado de peligro que traza la frontera de la imputación objetiva depende de la *intención* del sujeto, manifestándose, en principio favorable, a que la *intención* del sujeto determine que un riesgo muy pequeño pueda estar prohibido cuando «la conducta mínimamente peligrosa *revela externamente* tener como objetivo dirigirse a la lesión del bien jurídico», ya que en ese caso la prohibición no dificulta el desarrollo de la vida social.

jurídico afectado (57) y adecuación social de la conducta o carácter antisocial de la conducta.

En relación con el grado y cualidad del peligro creado con la venta de heroína, conocido por el sujeto, era un riesgo que comportaba cierta probabilidad de que se produjese la muerte —por ser excesivamente pura, como sucedió realmente, por estar adulterada o por una debilidad física de la víctima—. Sin embargo, estas posibilidades, que debían de ser conocidas por José María G.J., por ser traficante y consumidor de esta droga, no son suficientes para calificar el riesgo como relevante, en relación con el bien jurídico vida. Ese conocimiento es conocimiento del peligro genérico no del «concreto» peligro, por lo que la calificación de la conducta como dolosa estaría sustentada exclusivamente, en el carácter antisocial que se predica respecto del tráfico de drogas.

La conducción de un coche, incluso de forma cuidadosa, implica un peligro para los intervinientes en el tráfico viario derivado de la probabilidad de que concurran determinadas circunstancias —rotura del líquido de frenos, desvanecimiento del conductor, aceite en la calzada...— que sean origen de resultados lesivos. Esa probabilidad de producción de un resultado lesivo —derivada de riesgos inherentes al tráfico viario— es conocida por el conductor, sin que tampoco ese grado de probabilidad se considere relevante.

19. Para que pueda afirmarse que el sujeto conoce el «concreto peligro» que está creando es necesario que su consciencia abarque el conocimiento de la circunstancia concreta que crea el riesgo y el conocimiento de la clase de riesgo, es decir, conozca qué bien jurídico es el que, probablemente, resultará lesionado. En este supuesto, el problema que se suscita es que la droga, en sí misma, ya se considera peligrosa y que esta peligrosidad es conocida por el vendedor. Sin embargo, como con precisión se matiza en la sentencia, el consumo de heroína «generalmente sólo produce un riesgo para la vida a largo plazo y tras un consumo continuado de la droga, produciéndose sólo un riesgo inmediato en

(57) De otra opinión, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 101, núm. 119, se muestra disconforme con esta dependencia del grado de probabilidad respecto de la importancia del bien jurídico, porque «la importancia del bien jurídico ya se tiene en cuenta a la hora de decidir si es digno de protección penal y en la gravedad de la pena». Es cierto que la clase de importancia del bien jurídico se tiene en cuenta en los aspectos mencionados pero ello no excluye que la mayor importancia del bien jurídico también se tome en consideración en otros momentos. Una conducta con utilidad social, con un determinado grado de probabilidad de lesión respecto de la propiedad puede ser permitida, mientras que esa misma conducta, con el mismo grado de probabilidad pero respecto de la vida puede ser no permitida. Así, por ejemplo, la no colocación de una red en un talud, para evitar el peligro de desplome y que se produzcan determinados daños, puede ser una conducta permitida si con ello se abarata la obra, pero será una conducta penalmente relevante si lo que se pone en peligro, con la no colocación de la red, es la vida de los trabajadores, existiendo en ambos casos el mismo grado de probabilidad de lesión, en un caso respecto de la propiedad, en otro respecto de la vida.

el uso de una dosis elevada de la misma, circunstancia esta última que se daba en el caso concreto, pero que desconocía el recurrido...».

La nocividad de la droga, atendiendo al consumo de una dosis usual, objetivamente, no es un riesgo adecuado y suficiente respecto de la vida, e incluso, de forma inmediata, respecto de la salud. Por lo tanto, el conocimiento de este riesgo no supone dolo de matar o de lesionar puesto que no concurre el tipo objetivo de homicidio o lesiones. Las características de la droga determinan que su nocividad produzca los efectos lesivos tras un consumo continuado (58), inadecuado o excesivo (59). El hecho de que la manifestación fehaciente de su nocividad —la producción de lesiones o muertes— requiera de varias acciones (siempre que se utilice de acuerdo con lo «adecuado en el tráfico»), y, al mismo tiempo, que cada una de estas acciones sea en, cierta medida, nociva, puede verse como la justificación político-criminal para la creación de un delito de peligro (60).

IV

20. El hecho de que el autor sólo conociese el riesgo propio del tráfico de drogas es, también, el argumento utilizado por la Audiencia para negar la concurrencia de imprudencia, en la conducta de José María G.J., respecto de la muerte de David. La Audiencia entiende que la conducta del procesado «no entraña una actividad culposa o imprudente distinta de la ya inherente a dicho tráfico, al desconocer dicho procesado, la alta concentración de heroína base, de la sustancia que adquirió y ul-

(58) Cfr. CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1989, p. 316; CORCOY BIDASOLO, *Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal español: delitos de peligro*, en «Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto», Mir Puig/Luzón Peña ed., Barcelona, 1996, pp. 247 y ss., se desarrolla el concepto de nocividad, advirtiendo que no es un concepto absoluto sino relativo y que depende de las circunstancias concurrentes el que un producto sea realmente nocivo. Cualquier producto puede ser nocivo en determinadas circunstancias, el azúcar para un diabético..., y cualquier producto, incluso, por ejemplo, el arsénico puede ser beneficioso. Las drogas son un ejemplo claro de lo anterior ya que no sólo pueden ser beneficiosas sino que son absolutamente necesarias en la medicina; al respecto, vid. también, KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 158 y ss.

(59) CORCOY BIDASOLO, *Responsabilidad penal derivada del producto...*, pp. 259 y ss., la nocividad de una sustancia siempre se determina atendiendo al uso adecuado de esa sustancia. La incorrecta o abusiva utilización de cualquier sustancia o producto puede causar resultados lesivos sin que por ello se pueda afirmar que la sustancia o producto son nocivos.

(60) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Responsabilidad penal derivada del producto...*, pp. 250-251, el bien jurídico protegido en los delitos contra la salud pública sería la «seguridad en el consumo», es decir, la confianza del ciudadano en que los productos que puede adquirir o a los que puede acceder no son perjudiciales para la salud. La presunción de nocividad de la droga determina que en ningún caso se permita su venta ni utilización fuera de las prescripciones médicas y de la Ley de Medicamentos.

teriormente expendió y ser además muy reducidas las porciones suministradas a cada comprador, lo que alejaba el riesgo de sobredosis». Como puede apreciarse la Audiencia utiliza un argumento análogo al que se reflejaba en el apartado anterior: José María G.J., únicamente, conocía el peligro propio del tráfico de drogas «adecuado», conocimiento que implicaba dolo respecto de dicho peligro y excluía la calificación de los hechos como homicidio doloso; respecto de la imprudencia se alega que el riesgo atribuible a José María G.J. era únicamente el propio del tráfico de drogas y que el procesado con su conducta no había introducido un riesgo mayor. La Audiencia no examina, como hubiera debido, si José María G.J. actuando con el cuidado debido hubiera podido conocer la concreta peligrosidad de la droga —culpa inconsciente—.

El Tribunal Supremo se muestra disconforme con la calificación de la Audiencia, por entender que la conducta del acusado entrañaba «un riesgo sobreañadido y potenciado de producir daños más graves para la salud o la vida del consumidor que se derivaba de la proporción de alcaloide activo de la droga con la que se traficaba». En un primer momento, en la sentencia se afirma que la creación de este riesgo superior, desconocido por el autor, supone la subsunción del hecho en el ámbito de la culpa inconsciente, sin embargo, a renglón seguido, se matiza esta afirmación y se pone de manifiesto que la creación de ese riesgo superior al propio del tráfico de drogas no es suficiente para calificar los hechos como imprudentes. Con buen criterio, se exige, para que la venta de la droga de excesiva pureza suponga un riesgo penalmente relevante para la vida, que se examine si el autor «estaba obligado a adoptar especiales deberes de cuidado en orden a la calidad de la droga expendida y a no provocar un aumento del riesgo que exarcebara el peligro de su consumo...». En otras palabras, se excluye la responsabilidad objetiva —que supondría afirmar la existencia de imprudencia por la concurrencia objetiva del riesgo para la vida— y, por el contrario, se aplican criterios de responsabilidad subjetiva —deber de controlar o evitar ese riesgo como fundamento de la existencia de imprudencia—.

20. El hecho de vender droga de excesiva pureza incrementa el riesgo propio del tráfico de drogas pero esta conducta sólo tendrá relevancia penal si el sujeto conocía ese «concreto peligro» para la vida —homicidio doloso— o si el sujeto debía de conocer y evitar (o controlar) ese «concreto peligro» para la vida —homicidio imprudente—. El núcleo del delito imprudente lo constituye la infracción del deber de cuidado, no es suficiente la creación de un riesgo objetivamente adecuado para lesionar bienes jurídicos. Es necesario que ese riesgo sea imputable a la infracción del deber objetivo de cuidado, en el sentido de deber de evitar la creación de un riesgo adecuado, suficiente y no permitido para lesionar un bien jurídico —deber de cumplir con determinadas medidas de atención o seguridad—, junto a la infracción del deber subjetivo de cuidado —deber de conocer que su acción creaba ese concreto peligro—. La infracción del deber de cuidado supone, por tanto, que a la infracción

del deber objetivo de cuidado vaya unida la infracción del deber subjetivo de cuidado (61).

Tanto el deber objetivo de cuidado como el subjetivo tienen naturaleza normativa y su contenido depende de lo exigible en una sociedad concreta (62). El deber objetivo de cuidado se determina, *ex ante*, en el caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, incluidos los conocimientos que el sujeto tiene de la situación, su capacidad individual (63) de evitar (o controlar) ese riesgo y su competencia respecto a ese riesgo (64).

El grado de riesgo que se puede calificar como relevante depende, a su vez, del tipo subjetivo, un determinado grado de riesgo objetivo considerado como permitido si sólo concurre imprudencia, puede ser riesgo relevante si concurre dolo (65). Por tanto, la relevancia del riesgo dependerá de la utilidad social de esa conducta y de su valoración positiva o negativa en una determinada sociedad, las circunstancias concurrentes, la capacidad individual del sujeto y el nivel de conocimiento que posea sobre el riesgo —es decir, la concurrencia o no de dolo—. A su vez, para que la infracción del deber de cuidado pueda atribuirse a la acción creadora del riesgo, es necesario que el sujeto de la acción cree un riesgo no permitido sobre el que tiene competencia (66).

(61) CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 337 y ss., el riesgo para que sea típico ha de ser doloso o imprudente, ya que si objetivamente existe un riesgo pero no concurre ni dolo ni imprudencia respecto de ese riesgo estaremos ante un supuesto de riesgo permitido. La norma penal no prohíbe conductas atípicas, y atípicas son aquellas respecto de las cuales no concurre ni dolo ni imprudencia.

(62) Aun cuando el deber de cuidado tiene naturaleza normativa, el hecho de subyacer en las valoraciones y necesidades de la sociedad le otorga, al mismo tiempo, un contenido valorativo y fáctico.

(63) En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 277, mantiene que en la determinación del deber de cuidado se ha de tomar en consideración los poderes individuales del sujeto, tanto superiores como inferiores.

(64) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal* (Trad. Suárez González/Cancio Meliá), 1996, p. 91, para quien «lo decisivo no es la capacidad individual de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables». Jakobs, entiende que los conocimientos especiales no son relevantes en la determinación del injusto y sustituye el concepto de «poderes individuales» por el de «competencia».

(65) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 339 y ss., cuando el factor de riesgo objetivo es conocido por el sujeto, ese riesgo, en principio, permitido se convierte en relevante; en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 388; en sentido distinto, JAKOBS, *La imputación*, p. 90, no otorga relevancia al conocimiento del riesgo si este conocimiento no va unido a una especial situación del sujeto respecto del riesgo, vid. *Infra*. núm. 63; en sentido similar, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, 1995, pp. 340 y ss., entiende que el grado de deligencia está limitado por aquello que el sujeto está obligado a hacer/no hacer en una situación concreta.

(66) Cfr. JAKOBS, *La imputación*, p. 90, afirma que para que la creación de un riesgo sea imputable a la conducta de un sujeto es necesario que sea él quien tenga el deber de evitar o controlar ese riesgo.

Un sentido similar, podemos ver en la introducción de la relación de autoría en la imputación objetiva, al respecto vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*.

Como veremos, el deber objetivo de cuidado, la conducta exigible a José María, depende de la competencia del sujeto sobre ese riesgo y de su conocimiento de las circunstancias. El deber de cuidado es distinto en el caso de que sea un «camello» o un traficante, o según conozca que la droga que vende ya había matado o no. Si es un traficante su deber es controlar la pureza de la droga, no concurriendo este deber si se trata únicamente de un camello. Si es un «camello» el contenido del deber de cuidado depende de si conoce que la droga ya había matado o no. En el primer caso, su deber es no venderla o cortarla para evitar su excesiva pureza.

El deber subjetivo de cuidado se concreta a través de la determinación del contenido del deber de conocer atendiendo a criterios de exigibilidad (67). En supuestos de desconocimiento del riesgo por parte de quien lo crea es necesario determinar si el sujeto, en esas circunstancias concretas personales y de la situación, podía y debía de conocer ese peligro o no. El deber de conocer no se puede determinar objetivamente sino atendiendo a la situación en que se encuentra el sujeto respecto del riesgo.

21. En el caso aquí examinado, el contenido del deber de cuidado y, en consecuencia, cuándo se infringirá, depende de la situación de José María G.J., en relación con la compraventa de esa droga.

Veamos diversos supuestos:

1) Si José María G.J. es un mero «camello», que compra a traficantes importantes y vende para financiarse su propio consumo, habrá que concluir que no «debía» conocer el grado de pureza de la droga, no «debía» conocer su específica peligrosidad y que, en consecuencia, no infringe el deber de cuidado al vender droga adecuada para matar y, por tanto, su conducta no puede calificarse como homicidio imprudente. La muerte de David. D., en todo caso, debería de imputarse a quién le vendió la droga con excesiva pureza.

2) Por el contrario, si José María G.J. se dedica al tráfico de drogas «al mayor», el deber objetivo de cuidado que le compete abarca el controlar la calidad de la droga que introduce en el mercado, porque ese control forma parte de los deberes que le incumben como «profesional» de esa actividad. En esta segunda hipótesis, en principio, debería conocer la específica peligrosidad de la droga e infringiría el deber de cuidado al venderla sin asegurarse de que vende drogas en «buenas» condiciones, con lo que su conducta podría calificarse como homicidio imprudente.

3) En ambos supuestos hemos introducido el matiz de que «en principio» no infringía el deber de cuidado o infringía el deber de cuidado. En el primer caso, no infringe, únicamente, «en principio» el deber de cuidado, porque pueden concurrir especiales circunstancias que determinen que, pese a ser un «camello», tenía el deber de conocer la es-

(67) CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 285 y ss.

pecífica peligrosidad de la droga. Concurriría deber de conocerla, por ejemplo, cuando compra la droga a un traficante del que sabe que está vendiendo droga en malas condiciones o cuando tiene conocimiento de que droga procedente de esa partida ha causado la muerte de otras personas (68). En estas hipótesis, u otras semejantes, al vender la droga sin asegurarse de su estado infringiría el deber de cuidado y su conducta debe de calificarse como homicidio imprudente o, en su caso, doloso.

4) En sentido opuesto, el hecho de que José María G.J. sea un traficante no determina *per se* que tenga el deber de conocer la superior pureza de la droga y que al venderla infrinja el deber de cuidado. Si, por ejemplo, la droga ha sido analizada por un «especialista», que él conoce como buen «profesional», que se la entrega como droga en buenas condiciones, puede confiar en que sea cierto que la droga es correcta y al venderla no infringirá el deber de cuidado. La muerte de David D., debería de ser imputada, en este caso, al «especialista».

22. En la sentencia, el criterio seguido para la determinación del deber de cuidado es sustancialmente distinto al propuesto. El Tribunal no toma en consideración la necesidad de concreción del cuidado, atendiendo a las circunstancias concurrentes, los conocimientos y capacidad del autor y su conocimiento del riesgo en cada caso, sino que, por el contrario, parte de la existencia de un deber de cuidado único en cada ámbito de actividad (69). En el ámbito de la venta de productos de consumo, el cuidado que ha de cumplir todo aquél que vende sustancias que van a ser consumidas por terceros es el de: «no aumentar los riesgos que el consumo de las mismas encierra ordinariamente» (70). Así planteado, el cuidado debido se circunscribe a la no creación de un riesgo adecuado para matar, se equipara infracción del deber de cuidado a incremento objetivo del riesgo. Esta equiparación no es válida, puesto que, como hemos puesto de relieve, el incremento del riesgo, para que adquiera relevancia penal, ha de ser atribuible a la existencia de un deber de cuidado infringido por el autor.

El hecho de que las medidas de seguridad que, de acuerdo con lo exigible en el ámbito de la venta de productos de consumo, debía de haber seguido José María G.J. no son usuales en el ámbito del tráfico de drogas y que sólo son exigibles a una persona muy cuidadosa determina, según la sentencia, que la imprudencia se calificada únicamente como

(68) En este caso, como afirmábamos, Supra III 17. 2), estaríamos en un caso límite con el dolo eventual.

(69) La sentencia se remite a la STS de 23 de abril de 1992 (caso de la colza), para la que el cuidado exigible en el tráfico de mercancías y productos destinados al consumo: «está constituido por las expectativas del consumidor. Desde esta perspectiva el productor debe tomar en cuenta como medida del cuidado exigido los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en una ponderación razonable».

(70) Con total corrección, en la sentencia se afirma que no cambia el contenido del deber de cuidado el hecho de que la venta de drogas se lleve a efecto en el terreno de la ilicitud.

simple en lugar de como temeraria. Con esta argumentación se hace una primera individualización del cuidado, en el sentido de que, para determinar el cuidado exigible, se tiene en cuenta un ámbito específico —la venta de drogas— dentro de la venta de sustancias de consumo. Sin embargo, la sentencia no se plantea que según las concretas circunstancias que concurren en un caso las medidas a adoptar por el vendedor, para no infringir el deber de cuidado, son distintas; ni advierte que dentro del ámbito del tráfico de drogas existe también una división del trabajo y unos ámbitos de competencia que condicionan el cuidado exigible a cada uno de los intervinientes (71).

23. La misma línea de argumentación, de equiparar incremento del riesgo a infracción del deber de cuidado, es la seguida en la sentencia al referirse al principio de confianza. En este sentido, se afirma que el comprador puede confiar en poder utilizar la droga de la forma habitual sin que le sea exigible el tomar medidas de «autoprotección». El principio de confianza no se utiliza, en la sentencia, en el sentido de delimitar el deber de cuidado (72) exigible a cada uno de los intervinientes en una actividad, atendiendo a su ámbito de competencia material en el caso concreto, sino que se aplica automáticamente. Para el comprador concurre el principio de confianza respecto a las buenas condiciones del producto que adquiere; el vendedor es quién ostenta la competencia para controlar que el riesgo inherente al producto vendido no sea superior al normal.

Esta construcción es análoga a la anterior cuando se parte de que existe un único deber de cuidado en cada ámbito de actividad, en este caso se utiliza el principio de confianza formalmente, según la situación en abstracto de cada uno de los intervinientes (73):

El comprador de un coche puede confiar en que se le entrega en buenas condiciones y puede conducirlo sin necesidad de comprobarlo por sí mismo. No obstante, esta confianza no puede ser absoluta, ni le exime en todo caso de responsabilidad puesto que si, por ejemplo, ad-

(71) Para constatar la existencia de infracción del deber de cuidado se ha de tomar en consideración la existencia de infracción del deber objetivo de cuidado y del deber subjetivo de cuidado, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 225 y ss.; la infracción del deber subjetivo de cuidado para fundamentar el injusto imprudente se recoge en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed. Valencia 1996, pp. 303-304; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 301.

(72) Cfr. SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 719; PUPPE, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, *ZStW* 99, 1987, p. 611 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 544.

(73) Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 94 y ss., donde plantea una concepción de la competencia —«rol»—, en cierta medida, también excesivamente formal, sin tener en cuenta las concretas circunstancias del caso. Desde mi punto de vista, aun cuando, el dato de ser fabricante, diseñador, vendedor... supone una aproximación importante respecto a su competencia, sólo atendiendo al hecho concreto será posible determinar la competencia de cada interviniente en él.

vierte que el coche no frena no podrá seguir utilizándolo (sin infringir el deber de cuidado), ya que al conducirlo crea un nuevo ámbito de competencia que le obliga a asumir, por sí mismo, el riesgo que crea al conducir con los frenos en mal estado.

El vendedor de un coche no está obligado a controlar si el vehículo cumple con todos los requisitos de seguridad, siempre y cuando haya comprado el vehículo en un distribuidor o productor homologado. Por el contrario, si compra el coche a un particular, antes de venderlo deberá de asegurarse del estado en que se encuentra.

El comprador, en principio, puede confiar en que no ha de tomar ulteriores medidas de cuidado antes de consumir la droga, pero ello no implica, de forma inmediata, que ese cuidado haya de ser observado por el vendedor. Este a su vez puede confiar en la persona que tenga el deber de controlar la calidad de la droga, que será, en su caso, quien infringirá el deber de cuidado.

24. La forma en que es utilizado el principio de confianza en la sentencia obliga a hacer una última consideración, ya que supone una nueva vertiente de aplicación del *versare in re illicita*. Como argumento a favor de que el comprador puede confiar en que la droga está en condiciones normales, mientras que no puede hacerlo el vendedor, se utiliza la distinción entre tráfico de drogas y consumo de drogas, en tanto en cuanto, el primero es lícito y el segundo es ilícito. En consecuencia, el principio de confianza rige respecto del comprador, quien por actuar lícitamente puede confiar en el buen estado de la droga, mientras que, por el contrario, el vendedor, al actuar ilícitamente, no puede confiar, sino que debe de desconfiar en todo caso y, por tanto, asumir toda clase de medidas de cuidado para asegurarse de que al vender la droga no incrementa el riesgo propio del tráfico de drogas (74).

V

25. Partiendo de la existencia de imprudencia en la conducta de José María, la sentencia también entra en consideraciones sobre las consecuencias que, respecto a la responsabilidad que cabe atribuir a José María G.J., tiene el hecho de que David sea comprador voluntario de la droga. En una primera aproximación se afirma que la interferencia de hechos extraños, procedentes de un tercero o de la propia víctima puede afectar al nexo causal entre conducta y resultado, como elemento esencial para «determinar la existencia de tipo punible» (75). En un segundo

(74) Sobre las restricciones del principio de confianza en los supuestos en que quien actúa lo hace ilícitamente, vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 329 y ss.

(75) Aun cuando en la sentencia no se haga ninguna referencia al significado que otorga a considerar el resultado y el nexo causal como elemento esencial del tipo punible, este planteamiento, en principio se acercaría, a los aquí defendidos; vid., al respecto, *Supra* núm. 28.

momento, en la propia sentencia, se pone de manifiesto que recientemente, a partir de la STS 20-5-1981, la doctrina de la Sala viene aceptando la llamada imputación objetiva, como relación normativa entre la acción y el resultado, entendiéndose que en los delitos de resultado hay que comprobar los dos planos, el causal y el normativo (76). Refiriéndose a la doctrina sentada en la STS de 3-6-1989, entiende que en los supuestos en que la intervención de terceros suponga una asunción del riesgo creado por la acción del primer interviniente se quiebra la imputación objetiva porque «en tales casos, el resultado antijurídico (77) ya no proviene del riesgo previo, indeseable pero no eficiente para ocasionar estas últimas contingencias».

26. Respecto de la intervención posterior de terceros es necesario distinguir los casos en que se crean nuevos riesgos por parte de terceros o de la víctima, que se suman a un riesgo ya creado, de los supuestos en que se produce una asunción por parte de la víctima del riesgo creado, sin que ésta cree un nuevo riesgo, es decir, entre los supuestos de «concurrency de culpas» y de «consentimiento». En el primer grupo de casos, las consecuencias de la intervención de la víctima o de terceros puede excluir la imputación objetiva del resultado a la conducta del primer interviniente, afectar a la determinación del deber objetivo de cuidado, a la gravedad del injusto de este primer sujeto o a la relación de autoría, calificándose, la conducta del tercero o de la víctima, como autoría o participación imprudente (78). Es decir, si la conducta del tercero o de la víctima interviniente crea un nuevo riesgo, es posible que el resultado sólo pueda imputarse a la conducta del tercero o de la víctima o que sea imputable al primero y al segundo interviniente. En este segundo caso, la existencia de dos riesgos que se realizan en el resultado puede conducir a que sea otro el contenido del deber de cuidado (al cambiar

(76) Cfr. BOLEA BARDÓN, *Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros*, ADPCP 1994, pp. 376 y ss., analiza desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial estos supuestos; PORTILLA CONTRERAS, *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente de un tercero con aceptación por la víctima de la situación riesgo*, CPC núm. 45 (1991), pp. 695 y ss., en relación con algunas sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán y, en concreto, también, sobre una sentencia del OLG de 17 de mayo de 1979, en la que se juzgó un caso análogo al suscitado en la sentencia objeto de este comentario.

(77) Adviértase que en esta STS 3-6-1989, no se hablaba del resultado como elemento del tipo punible, sino de «resultado antijurídico».

(78) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 345 y ss. y 357 y ss.; Con un amplio examen sobre las distintas doctrinas y los distintos grupos de casos, vid. JOSHI JUBERT, *Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, ADPCP 1989, pp. 287 y ss.; ROXIN, *Problemas básicos de Derecho Penal* (trad. Luzón Peña) 1976, pp. 183 y ss., busca la solución de estos problemas de acuerdo con criterios de imputación objetiva, en particular, con el criterio de finalidad de protección de la norma; LUZÓN PEÑA, *Derecho Penal*, pp. 384-385, propone analizar primero si el favorecimiento imprudente de la autopuesta en peligro o autolesión dolosa es mera participación imprudente en autoría ajena, que sería impune, o es realmente imprudencia, en cuyo caso, se pasará a examinar la concurrencia de imputación objetiva.

las circunstancias concurrentes) y/o a la disminución de la gravedad del injusto (sólo una parte del riesgo por creado por cada uno de los intervinientes se ha realizado en el resultado) y a la imputación del resultado también, al tercero (79), en autoría accesoria. A la víctima, pese a ser coresponsable, no se le puede atribuir el resultado, por lo que su intervención, únicamente, afectará a la calificación de la conducta del autor (80).

Otra es la situación en los supuestos de consentimiento de la víctima. En estos casos es necesario examinar si ese consentimiento excluye o atenúa la responsabilidad penal de quien crea el riesgo o no. Para obtener una solución adecuada, en primer lugar, es necesario distinguir entre la participación en una autopuesta en peligro ajena y la puesta en peligro de otro consentida por éste. En el primer grupo de casos la doctrina mayoritaria, con distintas fundamentaciones, se muestra favorable a la impunidad de la participación.

27. En la sentencia se plantea un supuesto que se encuentra a caballo entre los dos grupos, ya que la víctima introduce un nuevo riesgo —inyectarse la heroína— pero ese riesgo ya estaba implícito en el riesgo creado por el autor —la venta de heroína a un drogadicto ya abarca el riesgo de su utilización— (81). Asimismo, los hechos relatados contienen un elemento propio del segundo grupo de casos: la asunción por la víctima del riesgo creado por el autor —David compra la droga voluntariamente—, sin embargo, la asunción es parcial, puesto que David desconoce la excesiva pureza de la droga.

La posible responsabilidad penal de José María G.J. dependerá, por tanto de: que consideremos que la conducta de David supone una autopuesta en peligro que excluye cualquier posible responsabilidad penal de José María; que consideremos que David actúa imprudentemente, pues debía de haber previsto que la droga no estaba en condiciones «normales», lo que supone interpretar que David introduce un nuevo riesgo que puede disminuir la responsabilidad de José María; o entender que respecto del bien jurídico vida no hay autopuesta en peligro, por lo que la muerte sólo podría ser atribuida, en su caso (82), a José María.

(79) Sobre las consecuencias de la intervención de terceros o de la víctima, en particular en los delitos imprudentes, vid., entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 345 y ss.; JOSHI JUBERT, ADPCP 1989, pp. 287 y ss.; BOLEA BORDON, ADPCP, 1994, pp. 375 y ss..

(80) Sobre las consecuencias de la concurrencia de una conducta dolosa o imprudente de la víctima, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito. Introducción al debate sobre la victimodogmática*, en «Libro Homenaje al Profesor Beristain», 1989, pp. 633 y ss.

(81) En la sentencia, aun cuando no se diga expresamente, y no se ponga en relación un problema con el otro, sino que se tratan cumulativamente, lo cierto es que se examinan los hechos como problema de consentimiento y como problema de concurrencia de culpas.

(82) Decimos «en su caso» porque para ello es necesario que la conducta de José María pueda ser calificada como imprudente lo que, como veremos, no parece lo más adecuado de acuerdo con los hechos probados en la sentencia.

En el supuesto de que David actuase dolosamente, es decir, conociendo que se trataba de droga de excesiva pureza que podía causarle la muerte, la posible imprudencia de José María sería irrelevante ya que se trataría de una auxilio ejecutivo al suicidio imprudente y, como tal, impune (83). Se puede plantear un supuesto en el que, pese a la actitud dolosa de David, se pudiese imputar su muerte a José María. Esta situación surge en el caso de que, como al parecer sucedía en este supuesto, David fuese un semi-inimputable. En este supuesto, la imputación del homicidio imprudente sólo sería posible si José María crease un riesgo penalmente relevante —por infracción del deber de cuidado— y tuviese el dominio del hecho (84).

28. Quién consiente en el riesgo creado por otro asume ese riesgo y pasa a ser competente respecto de ese riesgo: se convierte en autor. La autopuesta en peligro supone la ruptura de la relación de autoría entre el primer autor y el riesgo por el creado, es decir, el primer autor deja de ser competente respecto del riesgo creado (85).

No obstante, la autopuesta en peligro sólo afecta a aquellos peligros conocidos por la persona y, por tanto, consentidos y no excluye la responsabilidad respecto de aquellos peligros que no son conocidos por el

(83) Con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se había suscitado la discusión sobre si cabía la comisión imprudente del delito de auxilio e inducción al suicidio, decantándose la doctrina mayoritaria en sentido negativo, en este sentido, MIR PUIG, ADPCP 1991, pp. 263 y ss., en base al principio de accesoriedad en la participación; PORTILLA CONTRERAS, CPC núm. 45 (1991), pp. 702 y ss., en base a una interpretación teleológica del tipo, de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma.

(84) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*, ADPCP 1987, pp. 457 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Provocación al suicidio mediante engaño*, ADPCP 1987, pp. 303 y ss. (ídem. *Derecho Penal. Parte Especial*, 10.^a ed., 1995, p. 75), entienden que lo determinante para poder calificar unos hechos como suicidio es que el suicida tenga el dominio del hecho; en otro sentido, Díez RIPOLLÉS, *Suicidio y homicidio consentido*, en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, «Delitos contra bienes jurídicos fundamentales (vida humana independiente y libertad)», 1993, pp. 212 y ss., entienden que lo determinante para hablar de suicidio es el criterio de la capacidad natural de juicio; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a ed. Barcelona 1996, p. 20, entiende que para poder hablar de suicidio, el suicida ha de tener el dominio del hecho; en sentido similar, VALLE MUÑOZ, Artículo 143, en QUINTEIRO/MORALES/VALLE/PRATS/TAMARIT/GARCÍA ALBERO, «Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal», 1996, p. 58, considerando el suicidio como una conducta de autoría por dominio del hecho del suicida.

(85) Cfr. BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 53 y ss., especialmente núm. 61, todo comportamiento organizador de un sujeto que «origine activamente» peligros para intereses ajenos, o que «no-asegure» aquellas fuentes de peligro que perteneciendo a la misma esfera amenazan intereses de terceros, queda sometida al principio de responsabilidad por el propio comportamiento originador de riesgos para terceros. Esta responsabilidad por el propio comportamiento organizador se plasma normativamente a través de diferentes vías jurídico-penales.

En este caso, la responsabilidad por el propio comportamiento se traduce en el aseguramiento activo de fuentes de peligro propias y la autopuesta en peligro por parte de la víctima la convierte en responsable del riesgo creado por el primer autor.

tercero y respecto de los cuales, por tanto, no puede consentir. En la sentencia objeto de análisis, David D. consiente en los riesgos propios de una inyección de heroína, que es el riesgo por él conocido y consentido, y, por consiguiente, asumido, pero ni conoce ni consiente ni asume que pueda producirse la muerte como consecuencia de la inyección. En este punto la argumentación realizada por el Tribunal es correcta, tanto en su planteamiento como en la solución.

VI

29. Curiosamente, en la sentencia, el hecho de que David sea quien efectivamente, directamente, se causa la muerte no se plantea como un problema de autoría sino de imputación objetiva. Se afirma que el criterio del fin de protección de la norma excluye la imputación objetiva cuando «la autolesión, o la propia muerte, sean voluntarias o imprudentes y no si son inconscientes: el que bebe el licor envenenado no elimina la imputación objetiva de quien, dolosa o imprudentemente, lo emponzoñó, por el hecho de ser él mismo quien lo ingiere...». La conclusión a que llega el Tribunal es correcta pero no el planteamiento. El desconocimiento, por parte de David, del riesgo excluye la imputación objetiva porque excluye la relación de autoría. David pese a que materialmente ejecuta la acción adecuada para matar —inyección de heroína— no tiene el dominio del hecho (86) sobre su propia acción por desconocer el riesgo que está creando con su conducta. Al desconocer el riesgo no puede hablarse de autopuesta en peligro y, en consecuencia, no se produce un traspaso de competencia del primer autor al segundo (87). Estamos por tanto, ante un supuesto de autoría mediata con instrumento que actúa con engaño, en base al desconocimiento de David de que la droga que se está inyectando es adecuada para causarle muerte.

Asimismo, con la venta de la droga de excesiva pureza, José María crea un riesgo que, a su vez, tiene el deber de controlar, por lo que junto a la calificación de la conducta de José María como autoría mediata se plantea la calificación de autoría en comisión por omisión. En principio, la calificación como autoría mediata de homicidio imprudente desplaza la de autoría en comisión por omisión de homicidio imprudente. Sin embargo, se podrían plantear supuestos en los que entre la venta y la inyección surgan nuevas circunstancias que puedan propiciar la calificación del hecho como autoría en comisión por omisión dolosa (88), ya que la

(86) No tiene competencia sobre el riesgo que está creando, no sólo por desconocer el riesgo sino también por estar en una situación en la que no tiene competencia respecto al control de ese riesgo, al ser un mero «consumidor» de drogas y no un traficante en el sentido propio de este término. Quien únicamente vende para poder sufragar los gastos de su propio consumo, generalmente, no tiene posibilidad de controlar la calidad de la droga.

(87) Vid. Supra V 28.

(88) JAKOBS, *La imputación*, pp. 136-137, entiende que los conocimientos especiales sólo se tienen en cuenta si el sujeto ha creado el riesgo, pero no cuando lo único

comisión por omisión dolosa desplazaría a la comisión imprudente. Por ejemplo, si, con posterioridad a la venta y antes de que David utilice la droga, José María conoce la excesiva pureza de la droga y no hace nada por evitar que David se inyecte la heroína, se le podría imputar la muerte, como homicidio doloso en comisión por omisión.

30. Como decíamos al principio del comentario, la parte peor argumentada de la sentencia se encuentra en el Fundamento Quinto, donde se afirma que los hechos plantean un supuesto de concurrencia de culpas. La crítica surge, básicamente, del hecho de que para hablar de concurrencia de culpas es necesario que en un hecho concurren al menos dos «culpas» (89). Si en el anterior fundamento se estaba afirmando, para excluir la imputación objetiva, que David no actúa ni dolosa ni imprudentemente, sino inconscientemente, ¿dónde está su «culpa»? Si no infringe ningún deber de cuidado ¿cómo se puede fundamentar la imprudencia de David? y, si no existe imprudencia por parte de David, ¿cuál es la «culpa» que concurre junto a la «culpa» atribuible a José María? Si de una forma más adecuada tratásemos estos supuestos como casos de concurrencia de riesgos ya no sería necesario probar que David infringe un deber de cuidado sino que es suficiente con probar que David con su conducta introduce un nuevo riesgo. No obstante, en el presente caso, David no introduce ningún riesgo nuevo ya que el hecho de inyectarse, como se ha dicho, es un riesgo implícito a la venta de droga a un drogadicto. La situación sería distinta si David se hubiese inyectado una sobredosis y su muerte se hubiese producido por la conjunción de la excesiva pureza, riesgo introducido por José María, y la dosis excesiva, riesgo introducido por David. En este segundo supuesto si que estaríamos ante un supuesto de concurrencia de riesgos, que determinaría la disminución del injusto atribuible a José María.

31. Detrás de esta argumentación de la Sala se encuentra la voluntad, claramente perceptible, de la Audiencia, primero y del Tribunal Supremo después, de calificar los hechos como falta y, por consiguiente, como imprudencia simple. Sin embargo, para la calificación de los hechos como imprudencia simple en lugar de como imprudencia temeraria no es necesario ni adecuado acudir a la concurrencia de culpas (90). La calificación de imprudencia simple se deriva de forma inmediata de la poca gravedad de la infracción del deber de cuidado por parte de José

que hace es no evitar que el riesgo se concrete en lesión, cuando podía hacerlo gracias a sus conocimientos especiales de la situación. En este segundo caso, únicamente se podría condenar por omisión del deber de socorro.

(89) El entrecomillado se debe a que no parece correcto en estos supuestos hablar de «culpas» sino, en todo caso, de «riesgos». Vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 345 y ss., entendiendo que las denominadas situaciones de «concurrencia de culpas» se deben diferenciar de las de codelinencia.

(90) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 374 y ss., donde se advierte que los criterios jurisprudenciales, en orden a calificar unos hechos como imprudencia simple, son arbitrarios y contrarios a los fundamentos de la responsabilidad penal, en general, y a la imprudente, en particular.

María en relación con la muerte de David. La imprudencia es simple porque José María no infringe el deber de cuidado elemental de un persona que se encontrase en su situación (91). Sería, por ejemplo, una imprudencia grave, si hubiese preparado la dosis de heroína de excesiva pureza, aun cuando fuese inadvertidamente, o la hubiese «cortado» con productos peligrosos para la salud, consciente o inconscientemente, o conociese o debiera conocer que se podía de tratar de la misma clase de droga que ya había causado problemas... En el caso concreto, José María actúa de mero intermediario no cualificado y, por tanto, hay que afirmar que ni tan siquiera el intermediario «extremadamente diligente», con los conocimientos de la situación que tenía o debía de tener José María sobre las circunstancias concretas concurrentes, hubiera hecho analizar la droga antes de ponerla a la venta (92). En este sentido, en la práctica, la solución a la que se llegaría si en la determinación del deber de cuidado se utilizase el baremo del hombre medio de la misma profesión con el mismo nivel de especialización (93) no sería muy diferente. El aspecto que, con la postura aquí defendida se quiere poner de manifiesto, es que en esa determinación de la gravedad de la infracción del deber de cuidado se ha de tomar en consideración, junto a la específica capacidad del sujeto, la exigencia de conocimiento respecto de las circunstancias concurrentes.

CONCLUSIÓN

El riesgo creado por la conducta de José María podría ser calificado como penalmente relevante para la vida únicamente si, en base a las circunstancias concurrentes o a su situación de competencia dentro del tráfico de drogas, debía de haber previsto la excesiva pureza de la heroína. En los hechos probados, en la sentencia objeto de comentario, no hay ningún dato que permita afirmar que a José María le era exigible cono-

(91) Sobre la consideración de los poderes individuales en el injusto imprudente, en la determinación de la gravedad de la infracción del deber de cuidado, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 277; vid. también, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 235 y ss. y 369 y ss., los poderes individuales del sujeto se han de tomar en consideración dentro del deber subjetivo de cuidado entendido como previsibilidad individual concedida como deber de prever.

(92) En la responsabilidad penal por imprudencia, la «competencia» del sujeto respecto de la actividad que realiza determina, junto a la relación de autoría, el grado de cuidado exigible en el control de los riesgos derivados de esa actividad.

(93) En el momento que se individualiza en el baremo del hombre medio, en el sentido propuesto por la doctrina mayoritaria, la solución a la que se llega en la práctica es la misma que si se toman en consideración los poderes individuales en su determinación, en este sentido es paradigmática la concepción del baremo del hombre medio en SCHÜNEMANN, *JA* 1975, pp. 514 y ss., a través «estandarización de las especiales capacidades»; en este sentido, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 142, se advierte de que la «estandarización» es una forma solapada de «individualizar».

cer la efectiva nocividad de la droga que suministraba, puesto que, por un lado no existe ningún hecho que fundamente que debía de haber sospechado de la calidad de la droga y, por otro lado, su situación dentro del mercado del tráfico de drogas le eximía de la responsabilidad de averiguarlo, ya que el mismo era un «camello» y no tenía los medios para analizar la pureza de la droga. Calificar como homicidio por imprudencia simple, afirmando que infringió el deber de cuidado del hombre muy diligente me parece que es desconocer de forma absoluta cuál es la realidad del tráfico de drogas y, en la práctica, castigar por responsabilidad objetiva.