

LA PROTECCION DEL HOMBRE EN EL MUNDO MODERNO

(ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PAPEL DEL
DERECHO PENAL*)

WOLFGANG SCHÖNE

En las discusiones sobre la protección del consumidor y del medio ambiente se sugiere con cierta frecuencia que el Derecho *penal* tendría que asumir un papel mas amplio a la hora de combatir fenómenos que, no sólo en casos extremos como p.e. la venta de medicamentos con el ingrediente "Thalidomid" o de aceite "manipulado", causan una gran preocupación en nuestra sociedad. Por eso no sorprende que también en esta mesa redonda se hayan introducido tres postulados: reconocer el medio ambiente como bien jurídico propio, extender las reglas generales del derecho penal -sobre todo las referentes al dolo, a la culpa y a la omisión- e introducir nuevos tipos en la Parte Especial del Código Penal o en otras leyes penales especiales.

Antes de entrar en la discusión detallada de estas tres sugerencias, conviene hacer una breve reflexión sobre las bases de cada actitud reformadora. El grito por el derecho penal es una reacción muy frecuente y muy comprensible en los seres humanos que se ven amenazados por peligros graves, reales o imaginarios. Esta reacción demuestra por un lado -el positivo- confianza en la fuerza protectora del orden jurídico (penal) y por el otro -el negativo- rasgos emocionales, como p.e. venganza o

*Versión ampliada de una intervención en la mesa redonda sobre "La protección del medio ambiente y del consumidor", celebrada durante el Curso de Verano 1984 de San Sebastián. Las notas no pretenden ser una documentación exhaustiva. Se han agregado sólo para ampliar la información sobre algunos argumentos que en el texto tenían que ser presentados en forma necesariamente breve.

miedo y expectativas exageradas que al no cumplirse pueden conducir a desengaños nocivos para el funcionamiento del derecho y, por tanto, del Estado. Aquí se inserta la responsabilidad y la tarea de la *ciencia del derecho* frente a todas las posturas de la política legislativa: analizar con sangre fría los fenómenos, determinar (para evitar cualquier accionismo ciego) la aplicabilidad y la aceptabilidad de la legislación vigente y, sólo al ser realmente necesario, ofrecer al legislador nuevos modelos legislativos para los fines racionalmente establecidos como deseables. Aplicando estas ideas (de ninguna manera nuevas) al campo que aquí interesa, es menester no olvidar el carácter y las limitaciones de *cada* derecho penal. El derecho penal es *accesorio*, pues protege bienes jurídicos que deben su existencia a valoraciones -por lo menos lógicamente- precedentes y procedentes de otros ámbitos del derecho, como p.e. el constitucional. El derecho penal es *fragmentario*, porque no protege todos los bienes jurídicos y sobre todo no protege un tal bien contra todo tipo de ataque. El derecho penal, finalmente, es la *última ratio* de la política social, pues el empleo de sus medios significa lesionar bienes jurídicos normalmente protegidos y este empleo del poder estatal es teórica -¡principio de proporcionalidad!- y prácticamente efectivo sólo cuando es moderado.

I

La idea de reconocer el “medio ambiente” como *bien jurídico* propio se corresponde con las corrientes modernas -y no sólo “verdes”- de la política. En la República Federal de Alemania, p.e., estas corrientes llegan hasta tal extremo que se propone la inclusión expresa de la protección del medio ambiente en el catálogo de los fines del Estado, establecidos en la Constitución. Sin embargo, para la finalidad que pretende esta proposición, es no sólo supérflua, sino también contraproducente.

Al analizar el razonamiento que sustenta el intento de establecer el “medio ambiente” como bien jurídico propio, se encuentran dos sustratos de valoración: la “naturaleza” en el sentido de paisaje intacto con su variedad de plantas y animales, etc., por un lado, y la suma de las condiciones básicas de la existencia física del hombre, por otro. Aunque estos dos sustratos puedan ser en cierta medida interrelacionados, se trata de dos aspectos distintos. La existencia de la subespecie nº 43 de la mariposa no afecta por sí la de la raza humana; y el valor del aire no reside tanto en que posibilita a la mariposa volar sino en que permite al hombre respirar. Con esto no se niega la importancia de la “naturaleza” en el senti-

do mencionado y tampoco la posibilidad de cualificarla como bien jurídico digno de ser protegido por normas administrativas y penales. La diferenciación de los aspectos valorativos pone de manifiesto que la intensidad de la voluntad de proteger el “medio ambiente” se debe no tanto al deseo de mantener el mundo como un gran parque nacional sino, y sobre todo, de mantenerlo en cuanto a su función para la supervivencia humana. En este segundo sentido, el sustrato de la valoración de lo que se llama “medio ambiente” no es éste en sí mismo, sino *la vida y la integridad corporal del hombre*. Lo “nuevo” entonces no es el bien jurídico, pues está reconocido ya no sólo por las leyes penales sino -por lo menos en la República Federal de Alemania- también por la Constitución, que declara intachable la dignidad del hombre (Art. 1) y garantiza el libre desarrollo de la personalidad (Art. 2). Lo nuevo es la sensibilidad creciente de que, a través del medio ambiente, surgen nuevos peligros para este bien y que, para combatirlos, no bastan ya las normas clásicas como la prohibición de lesionar el bien o de ponerlo en peligro concreto. Dicho con palabras del diccionario de los penalistas: Lo que tiene apariencia de prohibición de *lesionar* el medio ambiente en realidad es la prohibición de un *comportamiento peligroso* para la vida y la salud de un número indefinido de hombres; los tipos penales correspondientes describen *delitos de peligro para masas de personas*.

Las voces en favor del concepto “protección del medio ambiente” quizás aceptarán que no hace falta inventar de nuevo un bien jurídico ya reconocido. Pero, al mismo tiempo, mantendrán muy probablemente este término no sólo por estar acostumbrados al mismo sino por considerarlo como una especie de “doble seguridad”. Sin embargo, si no se insiste cada vez más en que los daños al medio ambiente deben su desvalor a su *carácter de ataque contra la vida y la salud humana*, se fomenta un malentendido: “Medio ambiente” y “vida humana” son dos cosas. Si son dos cosas, son dos cosas distintas. Si son dos cosas distintas, su valor es diferente. Como no hay mayor valor que el de la vida humana, el valor del medio ambiente tiene que ser menor. Si el medio ambiente es menos importante, no importa tanto su lesión. Si la lesión no es tan importante, no se requieren mayores esfuerzos en evitarla...

Esta secuencia de conclusiones es peligrosa no sólo por ser un *malentendido* intelectual, sino, y sobre todo, porque puede convertirse inadvertida o voluntariamente en un *pretexto* dentro de la política real. Una verdadera protección del hombre frente a las consecuencias derivadas de los daños ambientales requiere cambios de la vida económica y social tan fundamentales que se oponen muchísimas fuerzas (sean legítimos o no sus argumentos): La libertad personal del conductor frenado por una

nueva limitación de la velocidad permitida, la pérdida de lugares de trabajo como resultado del cierre de una fábrica “sucía”, por mencionar sólo dos ejemplos. Todas estas fuerzas tienden a evitar una exposición clara de los valores realmente en conflicto. El ejemplo clásico es la discusión sobre los cambios de la Constitución: esta discusión demuestra la “buena voluntad” de todos, no cuesta nada, salvo la propaganda, y calma la conciencia. El verdadero campo de batalla por las reformas -las reglas administrativas y el presupuesto público y privado- se olvida mientras tanto.

El breve análisis del bien jurídico existente detrás de la llamada protección del medio ambiente permite otra conclusión pertinente al tema: La protección del consumidor que en ella también se considera tiene varios aspectos valorativos. Entre ellos figuran no sólo el ordenamiento del mercado y el patrimonio del consumidor individual, sino también -y en primer lugar- la salud y la vida humana. Como y en cuanto es idéntico el bien jurídico protegido, es metodológicamente lícito tratar en conjunto los problemas de la legislación penal en el campo del medio ambiente y de consumo.

II

En este contexto, interesa, en primer lugar, la sugerencia de mejorar la protección de la vida y de la salud humana a través de una *modificación de las reglas generales*. Esta idea es muy atractiva, pues la naturaleza de una regla general -aplicabilidad a todas o por lo menos a muchas figuras delictivas de la Parte Especial- permite lograr un máximo de efecto con un mínimo de cambios de la ley; y, si se tratara de una mera modificación en la interpretación de reglas generales existentes, ni habría que “molestar” al legislador. Sin embargo, la misma amplitud de las consecuencias posibles de un cambio en la materia de la Parte General obliga a un doble cuidado.

a) Analicemos entonces con el cuidado debido el primer ejemplo que se ha ofrecido como objeto de una modificación aconsejable: *el dolo*; y, más concretamente, el dolo eventual.

La idea motivadora parece ser que al ampliar el campo de aplicación del dolo se castigarán más conductas “nocivas”. Pero esta esperanza ¿está justificada?. Una primera duda surge del hecho de que el límite entre lo punible y lo no punible no coincide con el límite del dolo, sea como sea su definición: La legislación sobre delitos contra la vida y la integri-

dad corporal del hombre conoce al lado de los tipos dolosos una serie de tipos culposos. Por eso, la negación del dolo no significa necesariamente una absolución total de la responsabilidad penal. Una modificación de la delimitación del dolo en estos casos sólo cambiaría el *grado* de esta responsabilidad.

Naturalmente se puede contestar que el esfuerzo de modificar la definición del dolo todavía valdría la pena porque hay áreas donde no existen tipos culposos y porque el castigo más alto por un delito doloso tiene efecto mayor preventivo que el castigo por un delito culposo. Este argumento conduce a una breve consideración de la teoría del dolo.

Tanto el CP español como el StGB alemán carecen de una definición positiva del dolo. Sólo las reglas sobre el error (1) permiten ciertas conclusiones respecto a la voluntad de la ley. En base a esta situación legislativa, la doctrina ha desarrollado dos conceptos de dolo: el "dolo malo" y el "dolo de hecho". Comparando el campo de aplicabilidad de los dos conceptos es más estrecho el primero. Como la llamada "teoría del dolo" (2) incluye en la definición del mismo el conocimiento actual de la antijuridicidad, basta para excluir la punibilidad por un delito doloso la mera existencia de un error de prohibición, aun cuando éste sea sumamente evitable. No hace falta reiterar los argumentos dogmáticos en contra de esta teoría, basados en la teoría finalista de la acción y en la relación lógica, el sistema, de los presupuestos del delito (3). Lo que aquí interesa son las consecuencias de política criminal: Si en caso de un error de prohibición hay que absolver por falta de dolo ("malo") sin poder entrar en la evitabilidad del error, los tipos penales pierden, sin necesidad dogmática alguna, una gran parte de su efectividad preventiva (4) sobre todo aquellos tipos que, como los existentes en materia de protección del hombre contra peligros del medio ambiente y del consumo, dependen en su configuración de reglas administrativas complicadísimas y por eso do-

(1) Art. 6 bis a), parr. 1 CP; § 16 StGB.

(2) *Mezger*, Strafrecht, 2ª ed., München und Leipzig, pág. 330 ss.; *Rodríguez Devesal Serrano Gómez*, Derecho Penal Español, Parte General, 10ª ed., Madrid 1985, pág. 461 ss.

(3) *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., Berlin 1969, pág. 159 ss. (= Derecho Penal Alemán, Parte General, 11ª ed., Trad. por *Bustos Ramírez/ Yanez Pérez*, Santiago Chile 1976, pág. 224 ss.).

(4) Llama la atención como el propio *Mezger* reacciona frente a este hecho: Quiere castigar por delito doloso (!) a pesar de la falta de dolo malo, cuando el autor desconoce la antijuridicidad de su comportamiento por ser -hasta inevitablemente!- "ciego respecto al derecho". ¡Se lesiona claramente el principio de culpabilidad en nombre de la política criminal!

blemente abiertas a errores sobre la antijuridicidad del comportamiento.

Una vez descartada la “teoría del dolo”, entra en consideración el concepto de “dolo de hecho” adoptado por prácticamente toda la doctrina alemana y en grandes partes también por la española (5). El alcance práctico de este concepto es más amplio que el anterior, pues el “dolo de hecho” se define por el solo “saber y querer realizar el tipo objetivo” del delito, e.d. sin incorporar de modo alguno el elemento (adicional) de conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento. Si se quiere modificar el campo cubierto por *este* concepto, hay dos puntos de partida: el contenido del tipo objetivo por un lado y el “saber y querer” por el otro.

En cuanto al primero se puede constatar una conducta dolosa en muchos casos, más si se agregan al tipo objetivo nuevos elementos, como p.e. al “causar la muerte de otro” u “o el peligro de la misma”. Pero este resultado no se debería a un concepto cambiado del dolo, sino a la aplicación del concepto idéntico a un objeto cambiado. Y como este objeto pertenece a la Parte Especial, la modificación sería un problema fuera del campo de las reglas generales.

Resta entonces tratar el segundo aspecto -el “saber y querer”-. Sin embargo, las opciones para influir por esta vía el límite del dolo “de hecho” son muy pocas: La definición citada se debe a una observación de lo que es -fuera y dentro del derecho- una acción humana. Este análisis (6) tiene un resultado que como tal se acepta generalmente: La naturaleza del fenómeno es la finalidad, e.d. la capacidad del hombre de anticipar y escoger fines y de lograrlos mediante un empleo de las leyes de la causalidad. Por ser una categoría ontológica como lo es la causalidad, la finalidad existe y puede ser *descrita* como existe, pero no puede ser “decretada”; ella puede ser *objeto* de una valoración, pero no su *productum*. Dicho con otras palabras: Una valoración no “hace” o “modifica” la finalidad, sino que convierte una finalidad dada en finalidad jurídicamente relevante mediante tipificación de la misma. “Dolo”, por tanto, no es otra cosa que la voluntad de realizar una conducta y se *llama* “dolo” sólo para diferenciar entre la voluntad de realizar tipificada y no tipificada.

(5) *Bustos Ramírez*, Manual de Derecho Penal Español, Parte General, Barcelona 1984, pág. 205 ss.; *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, 2ª ed., Madrid 1982, pág. 411 ss.

(6) *Welzel*, Strafrecht, pág. 33 ss. (= Derecho Penal, pág. 53 ss.); *Schöne*, Derecho Penal y Criminología (Bogotá/ Colombia), Año II (1978), pág. 7 ss.; véase también *Cerezo Mir*, Problemas fundamentales del Derecho Penal, Madrid 1982, pág. 104 ss.

Naturalmente se puede *hablar* (!) de una lesión “dolosa” cuando una persona, p. e. al disparar voluntariamente un fusil, causa la herida de un hombre, que no había visto. Pero cabe preguntarse si una forma de hablar como ésta tiene sentido considerando la consecuencia que implica: Nada menos que la falta total de una diferencia normativa entre causar la herida sabiéndolo y causarla sin saberlo. A mi modo de ver, una doctrina como la española que rechaza con razón la figura de “*versari in re illicita*” (7) no puede aceptar (y no acepta) la necesidad o por lo menos la posibilidad de idénticas reacciones frente a las dos alternativas, y esto con toda la razón. La finalidad de la acción humana es una estructura lógico-objetiva (8) en el sentido de que su relación con la valoración (aquí: como injusto) es *necesaria* y necesariamente *correspectiva*. Por eso, el legislador tiene la libertad de decidir si una acción final carece de valor y si este desvalor merece su tipificación o no. También tiene la libertad de excluir de una tipificación sectores de la finalidad como lo hace cuando la figura delictiva en la Parte Especial prevé el castigo sólo en casos de dolo directo. Pero no se permite al legislador bajo “pena” de una regulación normativamente falsa tipificar algo como doloso que no cumple los requisitos de la finalidad.

Partiendo de esta base, la búsqueda del concepto más amplio posible del dolo tiene que tomar en cuenta que no puede existir una voluntad de realizar un fin sin que éste sea objeto de un conocimiento actualizado. Tal conocimiento no requiere un “saber seguro”, sino un “saber como posible”. Pero este “saber como posible” es el mínimo absoluto del elemento intelectual. La consecuencia práctica es la siguiente: Cuando el legislador codifica un tipo doloso no puede ir más allá de incluir conductas basadas en el conocimiento de la realización posible de los elementos objetivos del tipo; y no incorporarlas significaría la exclusión de una parte de los casos de dolo directo de primer grado (combinación de un saber como posible y de un querer en forma de intencionar) y de todos los casos de dolo eventual.

La descripción del elemento intelectual del dolo como “conocimiento actual de la realización segura o posible del tipo” puede considerarse como generalmente aceptada. La discusión sobre los fenómenos de “co-conciencia” y “conciencia al margen” (Schewe, Platzgummer) no significa otra cosa, pues parte -y es consecuencia- de la necesidad de este

(7) Véase p.e. *Cerezo Mir*, Problemas, pág. 60 ss.

(8) Véase *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Köln 1982, pág. 7 ss., 17 ss (= Nuevo Pensamiento Penal -Buenos Aires- 1972, pág. 205 ss., 214 ss.)

presupuesto. Tal unanimidad de pareceres no existe sobre el otro elemento del dolo, el “querer”: Si se combina un “saber como posible” con un “no intencional” (como en el caso de quien para lograr dinero del seguro incendia su casa dudando si la anciana del tercer piso puede salvarse y así causa una muerte que para lograr el fin no “interesa”) hay una serie de teorías sobre el límite del dolo eventual. Para mencionar las dos posiciones más opuestas: Quien ve la posibilidad de un resultado y actúa, en un extremo *siempre* obra con dolo; mientras tanto, en el otro obra dolosamente *sólo* si además “aprueba” el resultado posible.

La segunda teoría (y toda teoría derivada de ella) tiene serias desventajas. Para la política criminal es poco aceptable (9) que muchísimas veces hay que negar el dolo porque la aprobación positiva del resultado posible o no existe o no puede ser comprobada sin lesionar el principio de “in dubio pro reo”. Y desde el punto de vista doctrinal llama la atención que el “aprobar” un resultado no es idéntico con el “saber” y el “querer”: ¿Cómo puede tener el dolo eventual un presupuesto adicional y de carácter distinto si es dolo tanto como el dolo directo que sin duda alguna no lo exige? (10).

La otra postura -todo actuar conociendo la posibilidad del resultado es doloso- seguramente encontrará el aplauso de quienes quieren aplicar extensivamente los tipos dolosos. Sin embargo, se pregunta, si los partidarios de esta opinión también están dispuestos a pagar el precio correspondiente: la eliminación total de todo el campo de la culpa consciente. Y otra pregunta (dogmática) es, si un concepto tan amplio del dolo todavía respeta el carácter de la finalidad. Una respuesta positiva puede darse en cuanto es imposible *no* tener la *voluntad de realizar* el resultado considerado como posible, e. d. si el autor, cuando ha tomado una vez la decisión de actuar a pesar de la posibilidad conocida, no tiene influencia alguna sobre los acontecimientos; lesiona dolosamente a otro quien tira un objeto sin saber exactamente si se trata de una estatua o de un hombre. Pero fuera de este campo de la finalidad no existe, si -primero- la realización del resultado posible depende de la modalidad del proceder y si -segundo- el autor *actúa* correspondientemente, pues respecto a *un* resultado no puede haber al mismo tiempo la voluntad (ejecutada) de realizarlo y la voluntad (ejecutada) de evitarlo: Guillermo Tell no lesio-

(9) Razón por la que el Bundesgerichtshof modifica la teoría de “aprobación” (de “consentimiento”) del Reichsgericht: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, tomo 7, pág. 363 ss.

(10) Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, pág. 59 ss., 66 (= Anuario de Derecho Penal - Madrid - 1960, pág. 185 ss.)

naría dolosamente a su hijo, si causa la herida a pesar de *emplear* todas sus facultades de puntería para hacer blanco en la manzana (11).

Al fin de la excursión en el terreno de la(s) teoría(s) del dolo se ve:

1) Tomando la finalidad como criterio, el dolo tiene sus límites en sí mismo. Si bien la delimitación aquí expuesta, por respetar una posible falta del “querer realizar”, no abarca *todo* actuar en conocimiento de la posibilidad del resultado típico, se trata -comparada con otras soluciones- de la más amplia posible, pues no es tan frecuente que el autor cuando actúa con este conocimiento puede tener y además manifiesta por la manera de su proceder la voluntad de evitar la posibilidad conocida. Rechazar la finalidad como criterio y cruzar la línea marcada por ella necesariamente perjudicaría lograr lo que con este paso en nombre de la política criminal se pretende: Una regla que trata los casos correspondientes como dolosos sería *axiológicamente* falsa y perdería a la larga -como toda regla sin fundamento normativo suficiente- toda aplicación.

2) Para asegurar que la práctica utilice la teoría “amplia” aquí presentada, sería consecuente sugerir su codificación. Sin embargo, la experiencia con el “proyecto 62” de un Código Penal alemán demuestra que las soluciones dogmáticas -aunque sean correctísimas- no se convierten fácilmente en reglas de ley. Tanto por estas dificultades de la técnica legislativa como por el libre desarrollo de la dogmática, es preferible evitar *definiciones* largas y complicadas en cuanto no sean de necesidad absoluta. En el caso del dolo, tal necesidad no existe: El legislador -sí- tiene que *decidir*, dónde y hasta qué grado *quiere* crear tipos dolosos, porque esto es una cuestión *normativa*, de lo que debe ser; pero el legislador no tiene que *describir*, que es el dolo, pues esto es una cuestión *ontológica*, de lo que es. (En este sentido no sería necesaria ni la regla sobre el error de tipo pues tal error es nada más que la falta del elemento intelectual del dolo sin el cual el tipo de un delito doloso no se da).

3) Como único modo efectivo de extender el campo de lo doloso queda entonces la modificación de los límites de su objeto, e. d. de los tipos objetivos. Pero, en qué medida una mejor protección de la vida y la salud humana requiere tipos más amplios o totalmente nuevos, no se decide dentro de la Parte General.

(11) Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, pág. 67 ss.; véase también Mezger, Strafrecht, pág. 345 s.

b) En cuanto a la Parte General, la segunda sugerencia para mejorar la protección del hombre contra peligros procedentes del medio ambiente o el consumo se refiere a una extensión de “*la culpa*”. Sin ninguna duda se trata de un tema decisivo, porque si no hay dolo (o su comprobación) la responsabilidad penal depende sólo de este criterio.

Hablar de “este criterio” significa ya una determinada postura que en la doctrina penal moderna (12) se considera cada día más cuestionable. Debido a la ausencia de una definición legal, la dogmática “clásica” en España y Alemania se había acostumbrado a ver “la culpa” como una y el dolo como la otra de las dos “formas” posibles de la culpabilidad (13). El trasfondo era la convicción de que, dentro de la suma de los presupuestos de la punibilidad, *todos* los llamados “objetivos”, como la causación (el desvalor) del resultado, pertenecen al injusto y *todos* los llamados “subjetivos”, como dolo y culpa, a la culpabilidad. Este sistema está roto sin remedio alguno porque mientras tanto se ha descubierto no sólo la finalidad como criterio de la acción sino también (e independiente de esto) la imposibilidad de constatar el injusto sin recurrir a elementos subjetivos como p.e. las intenciones y sobre todo el dolo (de hecho). El reconocimiento del desvalor de la acción final como una (y -más consecuente- la única) base del injusto tiene consecuencias para la configuración de la culpabilidad. La culpabilidad -quizás mejor: la reprochabilidad- depende del criterio *óntico* de la capacidad concreta del hombre de motivarse según la norma lesionada, e.d. si conoce o puede conocer la antijuridicidad de su comportamiento y si puede dirigir su comportamiento de acuerdo con este conocimiento (posible).

Se contestará muy probablemente que todo esto vale -quizás- para la estructura del delito doloso pero jamás para la configuración del delito culposo cuya propia naturaleza excluye dolo y finalidad. Pero el desarrollo que ha transformado la sistemática del delito doloso no ha dejado sin tocar el esquema del culposo.

La *primera etapa* ya descrita se ve frente a la duda de si realmente el delito culposo puede basarse sólo en la causación del resultado como criterio “objetivo” y contenido del injusto y en la previsibilidad individual del resultado como criterio “subjetivo” y contenido de la reprochabilidad. El conductor del automóvil que en un accidente causa heridas a

(12) Referente al delito culposo de comisión véase Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik*, pág. 133 ss. y 151 ss., 162 ss.

(13) Véase p.e. Mezger, *op.cit.*, pág. 301 ss.; Rodríguez Devesa/ Serrano Gómez, *op.cit.* pág. 301 ss.

otra persona ¿lo hace *antijurídicamente* si conduce cumpliendo todas las reglas del tránsito? Y en cuanto a la relación interna entre autor y resultado que para la teoría clásica constituye la lesión *consciente* del derecho y con esto la reprochabilidad ¿dónde se encuentra la relación, si el resultado sólo era previsible y no actualmente previsto? ¿Hay que aceptar la idea de un delito culposo sin reprochabilidad como el término “cuasi delito” insinua (14)?.

La negación unánime de la primera de estas preguntas conduce a la *segunde etapa* del desarrollo: se incorpora en el esquema del delito culposo la “lesión de cuidado” (Exner, Engisch) de manera que la tipicidad de la causación de un resultado depende del criterio adicional de su “previsibilidad objetiva”. Parece que con esto se ha encontrado un nuevo elemento general y objetivo de todos los tipos culposos. Pero las apariencias engañan. El juicio del “observador objetivo” respecto a la previsibilidad de un resultado es sumamente subjetivo pues varía de acuerdo con los intereses y las valoraciones de quien lo pide: ¿Qué acceso puede tener el observador objetivo -pero también ficticio- a los datos del caso?. A todos no, pues todo lo realizado sería previsible. Entonces -para lograr un juicio “ex ante”- ¿a cuáles?. Si la muerte de un hemofílico lesionado ligerísimamente por una leve bofetada era previsible depende de si se permite o no al observador conocer la enfermedad. Además ¿a partir de qué grado en la escala entre un “casi imposible” y un “casi seguro” es correcto hablar de previsibilidad?.

Esta normatividad de la previsibilidad objetiva hace nulo el valor del criterio como elemento general del tipo culposo. Pero lo que para la dogmática es una desventaja ¿no podría ser una ventaja para la política criminal, pues permite la más amplia selección de los nexos causales considerados como típicamente culposos? La respuesta tiene que ser negativa. No sólo es difícil incorporar en la ley una fórmula abstracta para la previsibilidad objetiva, sino también resulta que tal delimitación del campo de lo culposo sería axiológicamente inaceptable: Reglas tendentes a eliminar *todos* los riesgos para los bienes jurídicos significarían el final de la vida social. Es por esa razón que se agrega a la demasiado amplia definición de “lesión de cuidado” como “causar resultados (objetivamente) previsibles” el criterio limitador del “riesgo permitido”: La realización de un resultado previsible no es típica en cuanto está cubierta por la aceptación normativa.

(14) Véase p.e. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961, pág. 141 s.

Aunque esta tendencia sea correcta, en orden a la definición de “la culpa” no se ha ganado nada: Da lo mismo si para determinar lo típico se pregunta por el riesgo (no) permitido o por el riesgo prohibido.

La necesidad de contestar esta pregunta nos lleva a la *tercera época*. Se reconoce cada vez más que no existe *un solo concepto de la culpa* sino una inmensa multitud de juicios de desvalor respecto a distintas conductas humanas y una multitud correspondiente de *distintos tipos culposos*. “Lesión de cuidado” no es un criterio *del* tipo culposo, sino el motivo legislativo y denominador común *detrás* de cada uno de los tipos culposos. Con otras palabras. El concepto de “lesión de cuidado” no da una *respuesta* a la pregunta por lo culposo, sino que significa una *tarea*: la de seleccionar y valorar acciones (finales) con el fin de determinar, si ellas, considerando los riesgos para bienes jurídicos, son aceptables o no para la sociedad. Una vez logrado el juicio de desvalor (de “descuidado”), la descripción de tal acción constituye la parte más importante del tipo (culposo) correspondiente. Como ningún legislador es capaz de describir todas las acciones que él considera como descuidadas, los tipos de los delitos culposos son tipos “abiertos”. Por eso, la aplicación de un artículo diciendo “quien causare por negligencia...” no es una mera subsunción de hechos dados bajo los elementos del tipo igualmente dados, sino siempre (y con precedencia por lo menos lógica) un acto de “creación” del tipo que luego se aplica a este caso concreto (y a todos los casos futuros de la misma esencia fáctica): El juez, cuando condena por un delito culposo, actúa no sólo como tal, sino también y en primer lugar como el legislador.

Para resumir, diríamos que, desde un punto de vista *dogmático*, el tipo del delito culposo contiene los elementos de una acción final, que respecto al bien jurídico (lesionado) se considera descuidada, y -para autores que *no* la ven como condición objetiva de punibilidad (15)- la cau-

(15) Aunque esto sea todavía discutido, el causar del resultado es una mera condición objetiva de punibilidad del comportamiento que, por su desvalor -e. d. por su carácter de descuidado frente al bien jurídico- es típico. La crítica de esta postura suele basarse en que desaparece del injusto el desvalor del resultado. Pero el desvalor del resultado no desaparece, sino que sigue teniendo su importancia, pues es la razón de ser del desvalor del comportamiento, que no llevaría ese acento negativo sino por su efecto negativo posible para el bien jurídico. Fundar el injusto del delito culposo *sólo* en el desvalor del resultado, como no pocas veces se intenta, es imposible por no permitir distinguir entre accidente e injusto; fundarlo en el desvalor *tanto* del comportamiento *como* del resultado, como no pocas veces se intenta, es imposible por no permitir distinguir entre accidente e injusto; fundarlo en el desvalor *tanto* del comportamiento *como* del resultado significaría emplear una, la misma,

sación del resultado más un nexo “inmediato” entre este mismo y la acción. Dada la ausencia de causas de justificación la conducta típica es antijurídica. El reproche se basa en el concepto general de la capacidad de motivarse según la norma. Esto explica también la *communis opinio* sobre la necesidad del elemento de la previsibilidad subjetiva del resultado. Quien no prevé un resultado suele desconocer lo descuidado e ilícito de su conducta. Y como en tales casos de error de prohibición el reproche depende de si este error es evitable, la previsibilidad individual del resultado es la base mínima de la conclusión necesaria, que por su posible efecto negativo la acción debe ser antijurídica.

En cuanto a la “*lex ferenda*”, las consecuencias son las siguientes:

1) Como no hay un concepto general de “*la culpa*” sino una multitud de conductas culposas típicas, no es posible modificar los límites de lo punible mediante cambios de las reglas generales.

2) La punición de conductas culposas choca con el principio constitucional de “*nullum crimen sine lege*”. Esto no depende de la construcción dogmática del delito. En cuanto a la “*lex scripta et stricta*”, da igual si los tipos carecen de una descripción de la acción descuidada o de una descripción de los presupuestos enteramente normativos de la “imputación objetiva” del resultado (16). La consecuencia sería prescindir de toda legislación, que conmina con pena un “causar por negligencia el resultado x”. Pero nadie está dispuesto a aceptar semejante disminución de la protección penal de los bienes jurídicos (17). Esta solución del con-

valoración negativa del resultado en forma repetitiva y por eso no admisible. Véase también *Schöne*, en: *Nuevo Pensamiento Penal* (Buenos Aires) 1974, pág. 191 ss. = *Cuadernos de Política Criminal* (Madrid) 1977, pág. 63 ss., 65 ss.

(16) *Bohnert* (en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 94, pág. 68 ss.) quiere hacer desaparecer el problema constitucional mediante una diferenciación del tipo “garantizado” y su concretización no “garantizada”. Para este autor, el tipo del delito de producción culposa del resultado es idéntico con el tipo de la producción dolosa y por eso no menos claramente descrito de acuerdo con las exigencias de la constitución que éste: como no-evitación del resultado prohibido. La concretización del tipo común se ve como problema *enteramente fáctico* y realizable con el criterio de “previsión” del resultado en el delito doloso y de “previsibilidad” del resultado en el culposo. Pero sin razón: Si bien *cada* “concretización” del tipo en caso de un delito doloso se puede reducir a un causar del resultado con saber (prever) y querer, la “concretización” del tipo en caso de un causar de un resultado no previsto, sino sólo (objetivamente = fáctico ??) previsible *no* es automáticamente típico, como el propio *Bohnert* admite; y si al criterio “fáctico” de la previsibilidad tiene que agregarse un otro “algo” para poder hablar de tipicidad -“algo” que no puede derivarse del mero no-evitar el resultado, sino del “*como*” de la no-evitación- por falta de una descripción de este “como”, la duda constitucional aparece de nuevo.

(17) Véase p.e. *Jescheck*, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, 1965, pág. 10 s.

flicto entre política criminal y constitución naturalmente no puede basarse en que la incapacidad del legislador de “cerrar” los “tipos abiertos” se convierte en argumento contra la vigencia del principio constitucional. El principio sigue existiendo y obliga -¡consecuencia practica!- a muchísimo cuidado cuando se piensa en introducir nuevos tipos culposos.

3) La introducción de nuevos tipos culposos significa seleccionar, valorar y describir las distintas y diversas acciones que constituyen un riesgo intolerable para un bien jurídico. Las decisiones correspondientes, aunque aparezcan en forma de aplicación de reglas generales, metodológicamente pertenecen al campo de la Parte Especial (18).

c) Continuando con el análisis de la Parte General, la última de las tres sugerencias para mejorar la protección de la vida y la salud humana en relación con el medio ambiente y el consumo se refiere a los delitos de *omisión*. Aquí la mayor preocupación parece ser la de poder combatir mejor la inactividad de los funcionarios públicos y de los dirigentes de grandes empresas frente a peligros conocidos o fáciles de conocer.

Al comparar la legislación vigente en el Estado Español y en la República Federal Alemana se nota una ausencia casi total de reglas generales y de disposiciones especiales sobre los delitos de omisión y sus presupuestos. La única diferencia marcada es la existencia en el Código Penal alemán de un § 13 sobre el “cometer por omitir”: “El que omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal será castigado de acuerdo con esta ley sólo cuando tiene que responder legalmente de que el resultado no se produzca y cuando el omitir corresponde con la realización del tipo legal por un hacer”.

En base de esta situación legislativa hay que distinguir dos problemas: ¿Cuáles son -y dónde están descritos- los delitos de omisión, que aquí interesan? ¿Y cuáles son las reglas generales que se aplican a estos tipos?.

La respuesta a la primera pregunta es a mi modo de ver más clara en el Derecho penal español que en el alemán. En el Código Penal español -con poquísimas excepciones como p.e. los artículos 338 bis, 489 bis- *no hay* figuras delictivas de omisión, y, con respecto al principio de “nullum

(18) Esto se demuestra también en el hecho importante -también para la situación constitucional-, que por lo menos en el Derecho penal alemán muchos tipos culposos abarcan la descripción expresa de un “núcleo final” como p.e. el causar por negligencia un peligro para la vida y la salud de otro *al conducir* un vehículo (§ 315 a StGB).

crimen sine lege”, no hay lugar para el castigo de un omitente hasta que el legislador haya introducido nuevos tipos en la Parte Especial.

Hay que admitir que la jurisprudencia española actúa de otra forma. Suele aplicarse a la omisión de evitar un resultado el marco penal prevista para su producción mediante acción, si se considera el sujeto de la omisión como “garante” del bien jurídico lesionado. Pero aquí son necesarias dos observaciones: Donde no se encuentran leyes penales que conminan con pena delitos de *acción* -y este es, en gran medida, el caso en el campo que aquí tratamos-, los tribunales no tienen el punto de partida imprescindible para su actitud. Al lado de este aspecto práctico que se resolvería por la introducción de nuevos tipos de *acción*, hay otro teórico y más importante. Aunque existan delitos de comisión legalmente descritos, la condena en base a la construcción de una “comisión por omisión” carece de fundamento. Sería necesario comprobar que las *omisiones* de un garante -¡y sólo ellas!- cumplen los requisitos de un delito de *comisión*, y esto es imposible no sólo debido a la diferencia entre la realización de una acción, que causa el resultado, y la *no*-realización de una acción que lo hubiera evitado; si la falta de una acción es típica *sólo* cuando la omite un garante, el tipo, por requerir un elemento adicional, debe ser otro que éste, que en caso de acción *siempre* se cumple ya cuando actúa un mero “quivis ex populo”.

La situación dogmática, siendo así (19) el único remedio, consistiría en pensar que el texto legal existente abarca ya *dos* tipos distintos: uno de comisión y uno de omisión. Pero no existe método alguno de interpretación que permita leer p.e. el art. 406 CP como “será castigado con ... el que matare a otro o el que no evitare la muerte de otro siendo su madre, su padre, su amigo (?), su vecino (??) ...”. Castigar el llamado garante por su omisión significaría sacrificar el principio de “nullum crimen sine lege” en el altar de la política criminal.

Para evitar malentendidos, repito: El argumento *no* es que no existan omisiones de ciertos grupos de personas que tienen el mismo desvalor que las acciones del “quivis ex populo” respecto al mismo resultado (causado o no evitado) y que no merezcan la misma pena. El argumento *tampoco* es que no haya necesidad de emplear el Derecho penal para combatir estas omisiones. El argumento *sólo* es que *de lege lata* existen

(19) Véase Armin Kaufmann, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, pág. 241 ss.; *Schöne*, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Köln 1974, pág. 235 ss.

lagunas que tienen que cubrirse *de lege ferenda*, si se quiere cumplir con las exigencias innegables de la política criminal.

Frente a la tarea laboriosa y complicada de introducir en la Parte Especial del código penal nuevos tipos de omisión, la legislación alemana parece ofrecer una solución general y simple. Pero el § 13 StGB -considerado por algunos autores como modelo para la reforma de la legislación penal española- a mi modo de ver (20) no garantiza lo que pretende. Confirma, eso sí, que el que omite evitar un resultado no cumple el tipo de comisión correspondiente, pero -y esto es lo decisivo- no describe las posiciones del garante (como por lo menos lo intentó el § 12 del Proyecto Alternativo). Y como no dice *quién* tiene que responder legalmente por la no-evitación del resultado y como no dice *cuando* la omisión se corresponde con la comisión, en vez del pan hecho se ofrece una receta para hacerlo sin indicación concreta de los ingredientes y de su relación cuantitativa. Lo malo de la situación es que la existencia del § 13 StGB permite invocar la voluntad del legislador de responder a las exigencias de la política criminal. Pero hay que ver que, obedeciendo a esta voluntad, se reemplaza(ría) la lesión del principio de “*nullum crimen sine lege scripta*” de la práctica española por una lesión todavía mas peligrosa (21) del principio de “*nullum crimen sine lege stricta*”.

Esta postura “radical” suele provocar la reacción de que sería imposible establecer al lado de cada tipo de comisión otro de omisión (22). Aunque este argumento tenga cierto mérito, hay que recordar que no existe un principio de “*nulla culpa sine poena*”. Basta entonces *empezar* con algunos *pocos* tipos que tratan la omisión de evitar lesiones y peligros graves para los bienes jurídicos mas importantes: la vida y la salud humana. Las demás lagunas no son tan importantes que merezcan una atención inmediata del legislador.

Como aquí pisamos ya el terreno de la Parte Especial sólo una observación (23) más. Para mí no hay ninguna duda de que deberían ser sujetos de los mandatos especiales a establecer los propietarios/gerentes de una empresa, los jefes de una entidad administrativa y las personas que

(20) Mas detalladamente *Schöne*, op.cit., pág. 324 ss.

(21) *Welzel*, Strafrecht, pág. 23 = Derecho Penal, pág. 40.

(22) Véase p.e. *Dreher/Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 42ª ed., München 1985, nota 3 al §13.

(23) Véase también *Horn*, en: Neue Juristische Wochenschrift 1981, pág. 1 ss., y *Schünemann*, en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, tomo 96, pág. 287 ss., 310.

dentro del esquema de organización de tal empresa/entidad han sido encargados especial y formalmente con la tarea de evitar los resultados descritos. Y, para asegurar la existencia de una “red de seguridad” en forma de personas “especialmente encargadas”, puede considerarse la introducción de un tipo que conmine con pena a los “dueños”, “gerentes” o “jefes” que omiten organizar correspondientemente su entidad.

Volviendo al papel de la Parte General y a la segunda de las preguntas antes mencionadas, la opinión unánime en la doctrina alemana es que las reglas generales sobre los delitos de acción no se aplican *directamente* a los de omisión. Pero aquí la unanimidad ya se termina. Se discute si estas reglas pueden ser adaptadas a los delitos de omisión en forma más o menos paralela (24) o si, debido a la naturaleza de la omisión como falta de una acción de un sujeto capaz de realizarla, rige un principio de inversión (25). Para dar dos ejemplos: ¿Existe un dolo de omisión o hay que partir de la falta de un dolo de realizar la acción ausente a pesar de la capacidad del sujeto de formarlo?. ¿Hay una tentativa de omisión o se trata de la omisión de la tentativa de realizar la acción?.

Me inclino hacia la segunda postura. Pero no es aquí el lugar para resumir y resolver toda esta discusión. Basta constatar lo siguiente: El estado de la dogmática no está tan avanzado que permita ya la actuación del legislador, pero su avance es suficiente para ofrecer vías de solución aceptables para los problemas mas urgentes. En cuanto a los tipos de omisión que en el campo de la protección de la vida y de la salud humana en relación con el medio ambiente y el consumo ya existen o por los menos pronto existirán. Su eficacia depende en gran parte del tratamiento de los casos, en los cuales la falta de una acción se defiende con el argumento -basado en los hechos o en el principio de “in dubio pro reo”- de no haber conocido la situación o de no haber dispuesto de los medios legales o físicos para actuar.

En cuanto al primer argumento, es cierto que no hay tipicidad de un delito de omisión (cuasi-)doloso cuando el sujeto no conoce la “situación típica” com p.e. la muerte o la lesión inminente. Pero esta “salida” no es más grande que la del error de tipo en los delitos de comisión. Además, según la moderna teoría del delito de omisión (cuasi-)doloso, el único conocimiento *actual* necesario para la tipicidad es el de la “situación típi-

(24) *Stree*, en: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 22ª ed., München 1985, nota 138 antes de §§ 13 ss.

(25) Armin Kaufmann, Dogmatik, pág. 88 ss.; véase también *Struensee*, en: Juristenzeitung 1977, pág. 217 ss.

ca”, pues el de la posibilidad física de la acción ausente debe ser sólo *potencial* (26). Y como los tipos que aquí interesan no requieren mas que un conocimiento actual de la *posibilidad* de una “situación típica”, el mínimo del “saber” indispensable para una omisión (cuasi-)dolosa no es muy alto. Desde el punto de vista de la política criminal hay que agregar: En y para los casos de falta del “mínimo” mencionado todavía existen (o deberían introducirse) tipos de omisión culposos, cuyo núcleo es la omisión de acciones (cuidadosas) que tienen por finalidad la obtención de la base intelectual para poder combatir los resultados nocivos: la omisión de informarse, de supervisar, de organizar una red informadora, etc. (27).

El segundo argumento vive de que no hay omisión sin la capacidad objetiva (física) de realizar la acción ausente. Sin embargo, al analizar casos concretos de pasividad frente a un resultado inminente hay que tomar en cuenta que los delitos de omisión de evitar un resultado no suelen ser delitos de “propia mano”. El (garante) lego totalmente pasivo no puede invocar su incapacidad de *tratar* al accidentado si le era perfectamente posible llamar a tiempo al médico capaz de hacerlo. Es acción de salvar una vida tanto el llamar como el operar. Dicho con otras palabras, es omisión de evitar el resultado no sólo la falta de hacerlo como autor único del salvamento, sino también la falta de instigar a otro capacitado o la falta de juntar las fuerzas propias en sí insuficientes con las de otros en sí insuficientes para lograr en común el efecto requerido por la norma. En este sentido, puede ser típica una omisión de informar, de pedir fondos o medios, de ponerse de acuerdo con los demás responsables (como p.e. otros miembros de una junta), etc.

Esta advertencia amplía la importancia de otro aspecto. La capacidad objetiva de lograr el fin de la acción ausente es requisito sólo del delito de omisión *consumado*. Aplicando la teoría subjetiva al campo del delito de omisión, constituye *tentativa* cada *omisión de intentar* cumplir el mandato (28). Dado que la ley conmina con pena la tentativa, cumple el tipo correspondiente el que no actúa a pesar de su “capacidad de planear”, e.d. a pesar de tener o de ser capaz de concebir un plan (de acción) de evitar el resultado previsto como seguro o posible. El hecho que el plan concebido o concebible no tenga éxito no impide entonces una

(26) Armin Kaufmann, Dogmatik, pág. 110 ss., y Strafrechtsdogmatik, pág. 107 ss.

(27) Struensee, en: Juristenzeitung 1977, pág. 217 ss.; Schöne, en: Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca, 1983, pág. 77 ss., 97 s.

(28) Véase p.e. Armin Kaufmann, Dogmatik, pág. 204 ss.

punibilidad (aunque quizás reducida). Puede ser que esta solución perfectamente viable en el derecho penal alemán no sea tan fácil de aplicar en el derecho penal español. Pero esto no se debe al estado de la dogmática de los delitos de omisión, sino a la reglamentación española de la tentativa *en general*, que es más complicada que la alemana.

Resumiendo:

1) En cuanto a la Parte General las posibilidades dogmáticas de mejorar la eficacia de los tipos de omisión (cuasi-)dolosos son limitadas, pues no puede haber omisión (típica) sin el conocimiento actual de la situación típica y sin la capacidad intelectual y física de realizar la acción ausente. Pero al otro lado el argumento en sí convincente de no haber “sabido” o de no haber “podido” tiene sus limitaciones: La teoría moderna de la omisión reduce el campo del error de tipo y, en caso de tal error, permite una aplicación mas clara de los tipos de omisión culposos. La incapacidad objetiva de lograr -aunque en conjunto con otros- el fin de la acción ausente, no excluye un delito de *omisión de intentar* el cumplimiento de la norma solución que, eso sí, obliga a estudiar la necesidad de reformar las reglas generales del Código Penal español sobre la tentativa.

2) El mayor obstáculo para el castigo de la pasividad frente a sucesos nocivos en el medio ambiente y en el ámbito del consumo *teóricamente* es la falta (sobre todo en la Parte Especial del CP y del StGB) de disposiciones compatibles con el principio constitucional de “*nullum crimen sine lege scripta et stricta*”. En la *práctica* la jurisprudencia, tanto la alemana como la española, cubre esta laguna sin esperar al legislador. En base de supuestas “reglas generales” sobre la comisión por omisión se aplican -si existen- (los marcos penales de) los tipos de acción. Solo en la medida en que, en nombre de la política criminal, se acepta esta actitud no habrá grandes dificultades en considerar a las personas que aquí interesan como garantes, sea por ingerencia, sea por su cargo elevado dentro de una entidad política o económica. Sin embargo, de lege ferenda hay que insistir en la introducción de nuevos tipos de omisión en la Parte Especial.

III

Los resultados del análisis anterior aumentan la importancia de la tercera sugerencia para mejorar la protección penal del hombre en las

materias de medio ambiente y consumo: la modificación de los existentes y la introducción de nuevos tipos en la *Parte Especial* del Código Penal o en las leyes especiales.

Como ya se ha dicho, el primer paso de cada trabajo reformador consiste en determinar los fenómenos y comportamientos reales que pueden interesar y en aplicar la legislación vigente con el fin de poder ver y valorar los resultados prácticos de la misma. Sería entonces necesario presentar ahora la legislación especial alemana -sobre todo las disposiciones introducidas en el StGB por la 18. Ley de Modificación del Código Penal (29)- y, comparándola con la española, sacar las conclusiones indicadas para campos tan diversos como aire, agua, suelo, fauna y flora o alimentos, medicamentos, productos industriales, etc. Pero esto no es posible en este breve artículo. Por eso, sea permitido dedicarse de modo ejemplar a un problema común de una serie de figuras delictivas, que afecta gravemente la eficacia de la legislación existente.

El problema se ha puesto de manifiesto en el famoso proceso "Contergan" (30): Los tipos tradicionales como lesión dolosa o culposa (§§ 223, 230 StGB) e introducción en el mercado de medicamentos nocivos (6, 48 Araneimi Helgeseza -AMG-) incorporan el elemento de causalidad, sea en forma de *causar el resultado* (p.e. de lesión), sea en forma del objeto *idóneo para causar un resultado*, e.d. venta de un medicamento idóneo para causar efectos laterales negativos. Ambos tipos, el de resultado y el de peligro (abstracto), sólo pueden aplicarse si existen (y se conocen) las leyes físicas que dominan los acontecimientos. Una cadena causal *concreta*, p.e. entre el Sr. X, quien ha descubierto la thalidomida y elaborado la fórmula de Contergan, y la alteración en el sistema nervioso del Sr. Y, quien ha tomado este medicamento, se da sólo, si se ha determinado por las ciencias competentes y de acuerdo con los métodos y criterios propios de ellas la ley causal *general* diciendo -en este caso- que "la thalidomida produce daños a los nervios". Si tal ley física no existe o no puede ser establecida con métodos lícitos -son inadmisibles p.e.

(29) Ley entrada en vigor el 1 de julio de 1980. Informe sobre el contenido p.e. por Rogall, en: Juristenzeitung-Gesetzgebungsdienst 1980, pág. 101 ss. Véase también Lackner, StGB, 16ª ed., München 1985, nota 2 antes § 324, con citas de la literatura relevante.

(30) Decisión de la corte en: Juristenzeitung 1971, pág. 507 ss. Respecto a las conclusiones necesarias para derecho vigente y legislación vease Armin Kaufmann, en: Juristenzeitung 1971, pág. 569 ss. = Strafrechtsdogmatik, pág. 173 ss.; además Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 2. Halbband, Tübingen 1971, pág. 49 ss. (notas introductorias al título 9 sobre delitos contra masas de personas); Schöne, en: Revista de Ciencias Penales (Santiago/Chile), 1973, pág. 140 ss., 156 ss.

ciertos experimentos humanos-, entonces toda legislación especial basada en el elemento de causalidad *queda necesariamente sin aplicación*.

Esta debilidad de la red protectora existente no puede ser eliminada por una modificación del concepto de causalidad, en cuanto esta forma “el elemento general de los tipos” (Engisch).

El derecho penal conoce sólo una verdadera teoría de la causalidad -la de la igualdad de las condiciones-, que “vive” de las leyes físicas. Las demás teorías llamadas de “causalidad” en realidad son teorías normativas de imputación: tienen la finalidad de *restringir* el campo de tipicidad seleccionado y excluyendo ciertos nexos causales *conocidos* como “inadecuados”, “irrelevantes”, etc. Aquí se trata de una situación inversa: Se busca la posibilidad de *establecer* la tipicidad sin la necesidad de llegar a la base mínima de imputación hasta ahora casi unánimemente requerida. Siempre que se *habla* de “casualidad” en el caso de una ley física desconocida o discutida significaría imputación a pesar de la *posibilidad manifiesta* de la *falta* de un nexo causal real, e.d. un cambio en los presupuestos del tipo permitido sólo al legislador.

La experiencia alemana demuestra la dificultad de aceptar este resultado sobre todo en casos tan llamativos como el proceso “Contergan”. Por un lado, existen indicios fuertes para la existencia de una ley física, que permitiría ligar ciertos resultados graves con ciertas personas, y, por el otro, estos indicios no bastan para convencer a todos los representantes de la ciencia correspondiente. La salida (del campo de batalla de los peritos) parece ser tratar la duda científica respecto a la existencia de la ley física como cualquier otro problema de la prueba jurídica, e.d. considerar como suficiente para la aplicación del tipo la certeza subjetiva del juez. Pero un tratamiento idéntico de la existencia de una ley física y del nexo causal real (“justificado” -¡pero sólo terminológicamente!- por el denominador común de “causalidad”) no respetaría la diferencia entre causalidad “general” y causalidad “concreta”: La causalidad “general” pertenece al ámbito de las *reglas*, mientras que la “concreta” forma parte del mundo de los *hechos*. Para este mundo, rige -¡con razón!- el criterio *jurídico* de la certeza subjetiva, de la convicción del juez que, una vez dada, excluye una absolución en base al principio “in dubio pro reo”. Sin embargo, en cuanto al otro ámbito, la tarea del juez es aplicar reglas *dadas*. Si al buscar la regla aplicable no se encuentra ninguna, el juez no puede crearla, aunque esté convencido de la rectitud de su idea. Y si se nota una *duda* respecto a la existencia de una regla, al juez, a pesar de la convicción que pueda tener, no le es permitido tomar partido en una discusión científica que se lleva a cabo en un campo ajeno al dere-

cho. Su obligación es constatar la discusión, averiguar los criterios que la ciencia correspondiente emplea para establecer una regla y -si fuese así- aceptar el hecho que el estado de la investigación (todavía) no permite hablar de una regla o ley física aceptada. Dicho con otras palabras: El derecho no puede reemplazar los criterios de las demás ciencias por los suyos pues esto significaría asumir la responsabilidad por una regla sin tener la competencia científica.

No hay salida: Donde las figuras delictivas se basan en el causar la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, una causalidad “general” ausente o dudosa impide su aplicación.

Este resultado del análisis de la legislación vigente puede parecer “aceptable” considerando las tendencias actuales de una restricción del Derecho penal, sobre todo en el ámbito de -digamos- “pre-peligro” para un bien jurídico. Pero la experiencia derivada del proceso “Contergan” demuestra lo contrario. Un “non-liquet” científico respecto a los efectos de un producto “de serie”, como p.e. un medicamento industrialmente producido, provoca un conflicto de intereses: el interés económico de continuar con la producción y venta hasta que se ha establecido el carácter nocivo por un lado y por el otro el interés de proteger la vida y la salud humana discontinuando la comercialización del producto hasta que se ha demostrado la *falta* de nocividad. En esta situación no cabe la menor duda que los intereses económicos tienen que ceder. El riesgo de perder dinero (o/y lugares de trabajo) en caso de una sospecha finalmente no justificada no es tan importante como el riesgo de la muerte o de la lesión de muchísimas personas en caso de una sospecha luego justificada. Y no basta con declaraciones en este sentido. Lo que falta son normas, cuyo cumplimiento se garantiza mediante reacciones penales.

Para estas normas se ofrecen dos modelos legislativos: uno con las pautas de un delito de peligro abstracto y el otro con rasgos de un delito de peligro “de nuevo cuño”.

El primer modelo consiste en confiar la protección de la vida y de la salud a un sistema de instancias extra-penales y en garantizar su intervención y efectividad con medios penales: se conmina con pena la elusión de la instancia protectora. Las instancias (estatales o, por lo menos, neutrales) de revisión y verificación deben tener la tarea de examinar determinados procesos de producción y productos de serie bajo el aspecto de efectos nocivos para la vida y la salud humana, y de su decisión debe depender la autorización para la comercialización. Tales entidades son necesarias, pues un buen número de peligros depende de una interral-

ción de diversos factores y conductas, y mediante decisiones flexibles pueden establecerse y tenerse en cuenta los variables límites de tolerancia. Además, un alto nivel científico y técnico de los exámenes permite contrarrestar la falta, muchas veces todavía existente, de la formulación de exigencias de cuidado en los procesos de desarrollo y elaboración. El comercio y la industria considerará estas oficinas revisoras quizás gravosas, pero sin razón. Por un lado, el examen igualitario de los productos de serie y de los procesos de producción protege de distorsiones de la competencia poco escrupulosa y, por el otro, la mantención de este vía a través de la entidad examinadora otorga una garantía de no ser sometido a responsabilidad penal si el producto, a pesar de la autorización de la entidad, se demuestra inesperadamente como peligroso. Ejemplos concretos para una legislación semejante ofrece el Proyecto Alternativo alemán en sus §§ 152 (contaminación de las aguas), 153 (contaminación del aire), 155, 156, 158 (productos de serie, etc.).

Donde no se trata de productos de serie (o donde no existen entidades examinadoras) se requiere otro modelo legislativo: el delito de peligro "de nuevo cuño", que parte del presupuesto de la posibilidad de una causalidad "general" (todavía) no aclarada. Para eliminar el "producir una situación, respecto a la cual un observador objetivo, en conformidad con el estado de la ciencia en el momento del hecho, queda en la duda si es generalmente apropiada para dar por resultado la lesión de un bien jurídico" se pueden redactar figuras delictivas de la manera siguiente: "Será castigado con... el que ejecutare la acción x, sin que se pueda considerar excluido un daño a la integridad corporal o a la vida de otro". Con esta fórmula se garantiza que la mera sospecha de nocividad para el uso del proceso correspondiente o de la difusión del producto hasta que sea solucionado de una u otra forma el problema de la causalidad "general", y al mismo tiempo se crea un fuerte argumento para los productores de apoyar la introducción de entidades examinadoras, pues se traslada la responsabilidad en cierta medida del productor al Estado. Concretas disposiciones de esta forma se encuentran también en el Proyecto Alternativo alemán, donde suceden a los clásicos delitos de peligro común (§ 151) y también tratan la elaboración y distribución de productos alimenticios nocivos para la salud (§ 157).

Seguramente estos modelos legislativos, que no se excluyen, sino se suplementan mutuamente, pueden ser todavía mejorados (31), pero significan un paso necesario y correcto hacia adelante.

(31) Véase p.e. *Horn*, en: *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin 1974, pág. 719 ss.

IV

El problema aquí expuesto no es, de ninguna manera, el único que respecto a la protección del hombre dentro del medio ambiente y del mundo del consumo aparece y requiere una solución de lege lata o de lege ferenda. Para no mencionar la labor complicadísima de redactar cada una de las diferentes disposiciones que necesariamente deben introducirse en la Parte Especial de un código penal hay que aludir a otros campos de investigación de "lo general en lo especial": así p. e., la dependencia del Derecho penal del Derecho administrativo (32). No faltarán tipos, que conminan con pena actividades "sin el permiso de las autoridades administrativas" y por eso tampoco faltarán complicaciones dogmáticas, cuando tal permiso sí se ha otorgado, pero sin base legal, y cuando el autor obra bajo la influencia de errores correspondientes -¿de tipo o de prohibición?- Además sería importante estudiar las posibilidades de mejorar la eficacia de los instrumentos procesales de combatir la delincuencia aquí interesante hasta la concentración de los casos correspondientes en salas de tribunales y dependencias de fiscalía especializadas (33). Y para no olvidar el campo propio -la universidad- esta mesa redonda ha demostrado de nuevo la necesidad de una investigación y enseñanza más especializada para poder lograr lo que aquí se ha pretendido por todos los participantes: mejorar la protección de la vida y de la salud humanas dentro del medio ambiente y del mundo del consumo.

(32) Véase p. e. *Dölling*, en: *Juristenzeitung* 1985, pág. 461 ss.

(33) Véase p. e. §§ 74 a, c GVG (Ley de organización de los tribunales), que representan una construcción paralela para delitos contra el estado y delitos económicos.