

¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?

(Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)(*)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

I

Como, teniendo en cuenta el tiempo del que dispongo, me veo obligado a limitar necesariamente el círculo de temas que puedo tratar en mi conferencia, y toda vez que en las comunicaciones que se

(*) Conferencia que el autor pronunció, el 3 de octubre de 2000, ante el pleno del simposio «¿Crisis del Derecho penal y de las ciencias criminales?», que, organizado por la Fundación Alexander von Humboldt, se celebró en Bamberg (Alemania) entre los días 1 y 5 de octubre de dicho año. Esta conferencia coincide también, en lo fundamental, con la que expuse en español en el Congreso Internacional «Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología», que, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, tuvo lugar en Madrid entre los días 6 y 10 de noviembre de 2000. La versión alemana de este artículo ha aparecido en el volumen colectivo «Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?», Berlín 2001, pp. 151-165.

van a pronunciar hoy por la tarde se va a seguir discutiendo sobre si los conceptos tradicionales fundamentales pueden satisfacer el actual desarrollo del Derecho penal, quiero iniciar mi ponencia indicando cuáles son los problemas de los que me voy a ocupar en lo que sigue.

La discusión sobre la idoneidad o superación de las hasta ahora vigentes exigencias dogmáticas fundamentales de una Parte General se ha desencadenado, sobre todo, en torno al Derecho penal de la sociedad del riesgo (responsabilidad por el producto, delitos contra el medio ambiente, y, en general, nuevos delitos de peligro abstracto), planteándose la pregunta de si la dogmática del llamado «Derecho penal nuclear» es suficiente para abordar estos fenómenos criminales relativamente nuevos (1), o de si, más bien, esa dogmática debe ser «flexibilizada» y «desformalizada» (2).

En mi opinión –y anticipando así las tesis que voy a desarrollar–, los conceptos fundamentales de la Parte General siguen siendo adecuados –aún más: irrenunciables– para tratar –y penetrar en– estas nuevas manifestaciones juridicopenales, tal como voy a tratar de exponer con los ejemplos de la causalidad en la responsabilidad por el producto, de la accesoriadad del Derecho administrativo y del acto administrativo (delitos contra el medio ambiente), y también –y teniendo en cuenta que «estos “nuevos riesgos” característicos por lo

(1) V. sólo SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1990, p. 2967: «Con relación a la prohibición de analogía y de desenvolvimiento del Derecho que debe ser observada por los tribunales penales no puede haber ninguna clase de “dogmática independiente” para esta materia [sc. para la responsabilidad por el producto]»; STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), p. 686: «En tanto en cuanto, merecen aprobación las objeciones, motivadas desde perspectivas liberales y del Estado de Derecho, contra el abandono de las exigencias básicas fundamentales –tanto materiales como procesales– del moderno Derecho penal».

(2) Sobre la flexibilización y desformalización de la dogmática del Derecho penal, cfr., por ejemplo, HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, 1993, pp. 43 ss., 48 ss.; *el mismo*, *NSiZ* 1993, p. 14: «Institutos dogmáticos como el de la causalidad, las teorías de la tentativa y de la consumación, de la autoría y de la participación, así como del dolo y de la imprudencia, son lijadas y flexibilizadas»; *el mismo*, *GA* 1997, p. 495; KUHLEN, *GA* 1994, pp. 348 ss.; KÜHNE, *NJW* 1997, p. 1954: «El Derecho penal general es inidóneo, en definitiva, para reaccionar eficientemente y de manera dogmáticamente inobjetable en las lesiones de la vida y de la salud como consecuencia de productos». Véase también SAMSON, *StV* 1991, p. 184: «También aquí [en la responsabilidad por el producto] sería mejor que el legislador pudiera abrir paso a una regulación juridicopenal, ya que la dogmática juridicopenal de la Parte General no está en situación de establecer regulaciones para sólo determinados sectores de la vida»; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pp. 54 ss.

general no son imputables a una persona individual, sino a una empresa» (3)— con un ejemplo del Derecho penal de empresa (decisiones colegiadas).

II

1. a) En la sentencia del «spray» para el cuero de 6 de julio de 1990 (4) el Tribunal Supremo alemán (BGH) recondujo juridicopenalmente al uso de los «sprays» los daños en la salud que habían sufrido más de 40 personas, a pesar de que «no fue posible identificar de forma exacta científiconaturalmente la sustancia o la combinación de sustancias que confirió a los productos su tendencia específica a causar daños en la salud». No obstante, el BGH afirma la causalidad entre el empleo de los «sprays» para el cuero y los menoscabos en la salud, porque «si se ha comprobado de manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto —aunque no sea posible una mayor aclaración— es causante de los daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido según un análisis y los conocimientos científiconaturales el fundamento último de esa causalidad».

b) En la sentencia del TS de 23 de marzo de 1992 (caso de la colza) (5) se trataba del siguiente supuesto de hecho: los acusados (importadores y distribuidores del producto) habían importado a España cantidades ingentes de aceite de colza, el cual estaba destinado exclusivamente a fines industriales, por lo que, por ello y de acuerdo con las correspondientes disposiciones juridicoadministrativas, había sido desnaturalizado con la sustancia venenosa anilina; no obstante, el aceite se introdujo en el mercado de comestibles, siendo infructuosos, evidentemente, los intentos de los industriales de eliminar la anilina del aceite, pues entre los consumidores del producto se declaró una enfermedad nueva, a la que se denominó «sín-

(3) HILGENDORF, *NStZ* 1993, p. 15. Véase también RUDOLPHI, *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 874; STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), pp. 684/685.

(4) BGHSt. 37, 106.

(5) A. 6783. La sentencia de instancia (núm. 48/1989, de 20 de mayo, de la Sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) ha sido publicada en el Boletín de Información del CGPJ, 2.ª etapa, año IX, número extraordinario, junio de 1989.

drome tóxico», que, como consecuencia de una lesión de los vasos sanguíneos de los afectados, produjo —en la que ha sido probablemente la mayor tragedia humana de la reciente historia española— una enfermedad crónica y muy grave de más de 15.000 personas, de las cuales fallecieron 330.

Análogamente al caso del «spray» para el cuero, en el de la colza tampoco fue posible identificar la toxina contenida en el aceite que, aparentemente, habría causado los resultados típicos. No obstante, el TS afirmó la relación causal entre el consumo de aceite y las muertes y las lesiones producidas, haciendo suya —y remitiéndose expresamente a ella— la tesis de la sentencia alemana del «spray» para el cuero, en el sentido de que, «si se ha comprobado de una manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto —aunque no sea posible una mayor aclaración— es causante de los daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido, según un análisis y los conocimientos científiconaturales, el fundamento último de esa causalidad», rechazando la opinión «según la cual no existe causalidad mientras no se conozca el mecanismo causal».

En la doctrina española la sentencia de la colza ha sido rechazada de manera casi unánime (6), acudiéndose a argumentos análogos a los

(6) Así, por PAREDES (indicaciones en GIMBERNAT, *Ensayos penales*, 1999, pp. 331 ss.); CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Teoría del delito I*, 2.ª ed., 1996, pp. 461 ss.; TORÍO, ROMEO CASABONA (ed.), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, 1997, pp. 376-379; CERREZO, *Curso de Derecho penal español*, Parte General II, 6.ª ed., 1998, p. 55 n. 16; MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 1999, pp. 46 ss.; DÍAZ PITA, *RDPC* 4 (1999), pp. 521 ss. Aprueban, en cambio, la sentencia de la colza, y comprensiblemente, quien fue su ponente como magistrado (cfr. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, Parte General, 4.ª ed., 1997, pp. 177 ss.), y, además, PÉREZ DEL VALLE (*Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2 [1997], pp. 179 ss.; *ADPCP* 1997, pp. 993 ss.)

En su artículo «De nuevo sobre el “caso de la colza”: una réplica» PAREDES (*RDPC* 5 [2000]) reconoce ahora (p. 93) que, antes de Newton, se debía castigar también por asesinato a quien arrojaba a otro desde una altura una piedra de 12 kilos que destrozaba el cráneo del paseante, aunque no se conociera aún el concreto mecanismo causal (ley de la gravitación) que había provocado el resultado, pero sigue manteniendo (pp. 95 ss.), inconsecuentemente, que en el caso de la colza no puede afirmarse que la ingestión de ese aceite haya condicionado el síndrome tóxico, porque no se conoce el concreto mecanismo causal que ha producido la enfermedad, y reconoce también (pp. 108 ss., 112, 116, 121) que la conducta del industrial del aceite Ramón Ferrero, condenado por el TS en la sentencia de la colza, no debe ser exami-

utilizados por la dogmática penal alemana contra la resolución del «spray» para el cuero; así, por ejemplo, por *Puppe* (7) cuando escribe: «Si no es posible ni siquiera designar la sustancia que habría causado los daños, entonces no se está legitimado para suponer que los daños no puedan ser explicados con otras causas naturales que tampoco se pueden designar»; o por *Hassemer* cuando expone: «La exigencia de las hasta ahora vigentes teorías causales juridicopenales de que el juez debe estar en posesión de las leyes empíricas relevantes, para poder atribuir la causalidad con seguridad, no es un desatinado escrupulo de perfección, sino una garantía contra equivocaciones» (8).

2. Pero estos argumentos no pueden convencer, porque lo que exige el tipo de un delito de resultado es sólo *que* el autor *haya causado* el resultado, sin que sea necesario –porque la tipicidad no lo requiere– saber *cómo* lo ha causado (9). En el caso de que se encuentre en el domicilio del acusado de un hurto la cosa sustraída, y que aquél se reconozca como autor del delito, pero, por el motivo que sea, se niegue a esclarecer en el juicio oral si se apropió de lo ajeno en la calle, en un autobús o en medio de la aglomeración de unos grandes almacenes, con ello basta y sobra para que el tribunal aplique el artículo 234 del Código Penal, pues lo único que exige el tipo objetivo de esa disposición es la constatación de que, en efecto, el comportamiento del autor *ha causado* el despojo de la cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, sin que sea necesario, para que se cumpla ese tipo objetivo, que se tenga que determinar, *además, cómo* se ha causado.

nada desde la perspectiva de un delito de comisión por omisión, tal como había sostenido en trabajos anteriores (referencias en GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 326-328), sino desde la de un delito de acción. A la vista de todos estos reconocimientos, lo que no acabo de entender es por qué PAREDES titula su nuevo artículo sobre el caso de la colza «una réplica», en vez de «una rectificación».

(7) En: NK, 1.ª ed., 1964, antes del § 13 n. m. 86. En la 5.ª entrega (1998) de este comentario al StGB no he podido volver a encontrar estas afirmaciones de PUPPE.

(8) *PRODUKTVERANTWORTUNG im modernen Strafrecht*, 2.ª ed., 1996, p. 42.

(9) Cfr., por ejemplo, KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 57 («... el delito puro de lesión de un resultado ... no exige tampoco, desde un punto de vista juridicomaterial, una relación de causalidad de una determinada índole. Si consta *de manera general* que concurre la causalidad, basta, por consiguiente y desde un punto de vista procesal, el convencimiento del juez de que un comportamiento determinado ha producido “de alguna manera” –pero también: en todo caso– un resultado de lesión», cursivas en el texto original), 61, 69/70; *el mismo*, NStZ 1990, p. 567: «En el delito de simple resultado basta con que el resultado presupuesto típicamente se haya causado *de alguna manera*», cursivas en el texto original; HIRTE, JZ 1992, p. 257.

De seguirse la tesis que aquí se combate, hasta el siglo xvii no se habría podido condenar por asesinato a quien, sentado en la rama de un árbol, arrojaba una piedra de doce kilos para matar a su enemigo, consiguiendo su propósito al destrozarle el cráneo, ni tampoco por lesiones al autor despechado que desfiguraba el rostro de su antigua amante vertiendo desde el balcón el agua hirviendo contenida en una olla, pues con anterioridad a aquel momento histórico lo único que se conocía era la «ley general de la causalidad» de que si alguien soltaba un objeto éste se caía, pero *por qué* se caía, esto es: *cuál era el mecanismo causal* que hacía que ni la piedra ni el agua hirviendo se mantuvieran en el aire, en suspensión, ello era algo completamente desconocido hasta que en 1687 *Newton* descubrió, como *ley científica concreta*, la ley de la gravitación: una sin duda buena noticia para la física que, sin embargo, apenas despertó interés en los medios jurisdiccionales, donde nunca se había dudado —aunque no se supiera la razón de ello— que el causante de la muerte producida por una fractura de cráneo había sido precisamente la persona que, teniendo en sus manos la piedra de doce kilos, las había apartado desprendiéndose ésta en dirección a la cabeza de la víctima que estaba dando un paseo.

En la sentencia del caso de la colza se constata que en el síndrome tóxico se trata de una enfermedad nueva de la que no existen antecedentes en la historia de la medicina. Pues bien: como esa afección única no se declara, en el tiempo, ni en el siglo xix ni en 1930, y como, en el espacio, no la padecen ni los ciudadanos de Roma ni los de Sydney, sino que aparece justamente a principios de los años ochenta del siglo xx en exactamente aquellas ciudades españolas en las que, como Orense o Torrejón de Ardoz, se había vendido el aceite de colza, afectando exclusiva y precisamente a aquellas personas que habían ingerido el aceite desnaturalizado con el veneno de la anilina, y como esa enfermedad desconocida hasta entonces vuelve a desaparecer de la faz de la tierra en el momento en el que las autoridades sanitarias españolas detienen la distribución del producto, de todo ello se sigue que es simplemente evidente que los afectados enfermaron o, en su caso, murieron porque tuvieron la desgracia de consumir ese aceite de colza que se estaba comercializando en venta ambulante.

3. Los problemas de causalidad que presenta la responsabilidad por el producto en, por ejemplo, los casos de la colza o del «spray» para el cuero han llevado a que peligró, después de un esfuerzo de décadas, la claridad conceptual que había alcanzado la dogmática penal por lo que se refiere a la relación causal: se habían abandonado definitivamente las teorías jurídicas de la causalidad (por ejemplo, la

teoría de la adecuación o la doctrina de la interrupción del nexo causal), y se había llegado a la conclusión de que la realización objetiva del tipo dependía de dos circunstancias: en primer lugar, de la causación científiconatural del resultado que se debía determinar exclusivamente con criterios ontológicos; y, en segundo lugar, y para el caso de que se afirmara la existencia de una relación causal con estas reglas no valorativas, de la cuestión, a resolver con los criterios de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por *Roxin* (10), de si al causante material del resultado típico éste le era también objetivamente imputable.

Pero en los últimos tiempos, y como consecuencia de los problemas originados por la responsabilidad por el producto, están surgiendo opiniones en la dogmática juridicopenal —como la que defiende, por ejemplo, *Kuhlen*, apoyándose expresamente en la sentencia española del caso de la colza— que quieren concebir al concepto causal como una cuestión que hay que decidir normativamente (11) o, incluso (así, *Puppe*) según criterios de probabilidad (12).

Contra ello hay que decir que la relación de causalidad entre un comportamiento y un resultado consiste en un enlace científiconatural, independientemente de si se conoce o no su mecanismo concreto de actuación, y que de la misma manera que la decapitación de la víctima del asesinato o la firma falsificada no son causadas ni por una norma

(10) Cfr. sólo Allg. Teil I, 3.ª ed., 1997, § 11 nn. mm. 39 ss.

(11) Cfr. KUHLEN, *NSiZ* 1990, p. 567: «... la diferencia entre la respuesta jurídica afirmativa de la causalidad y la respuesta científiconatural indecisa o negativa puede venir determinada, en ciertas circunstancias, porque esa respuesta no está fundamentada empírica, sino *normativamente*», cursiva añadida; *el mismo*, *JZ* 1994, p. 1145, donde Kuhlen hace suya la opinión del TS de que «la cuestión de cuáles son los mínimos requeridos para que una sucesión temporal y reiterada de hechos similares pueda ser considerada como una ley causal natural, es una *cuestión normativa*...» (cursivas en el texto original).

(12) Cfr. PUPPE, *JR* 1992, p. 34: «El caso [del “spray” para el cuero] enseña, por consiguiente, que en supuestos de cooperación altamente organizada, en los que varias personas deben colaborar, unas junto a otras, para evitar daños, no alcanzan las leyes causales en el sentido habitual de las palabras»; *la misma*, *JZ* 1994, p. 115: «A finales del siglo XX debemos abandonar la ingenua idea de que las ciencias de la naturaleza tienen listas para nosotros certezas absolutas»; *la misma*, en NK, antes del § 13 n. m. 135: «de modo que no queda más remedio que fundamentar la imputación del resultado sobre explicaciones probabilísticas, con otras palabras: sobre incrementos de riesgo». Cfr. también SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 206 ss.; *el mismo*, *wistra* 1982, p. 45, así como KÜHNE, *NJW* 1997, p. 1953, n. 19, quien, apelando a ROLINSKI, estima «interesante» la «propuesta» de «sustituir leyes deterministas por leyes probabilísticas», y PÉREZ DEL VALLE, *ADPCP* 1997, pp. 1003/1004.

ni por una probabilidad, sino por algo tan real y concreto como un hacha o un bolígrafo que se desliza sobre el papel, así también las enfermedades y las muertes del caso de la colza han de ser reconducidas no a algo axiológico o probable, sino material y necesariamente a algo científiconatural como lo es la ingestión del aceite.

III

1. En la cuestión de la accesoriedad administrativa del Derecho penal –y porque nos encontramos en un Congreso internacional en el que participan destacados penalistas alemanes– voy a limitarme a señalar, desde del punto de vista del Derecho comparado, algunas diferencias entre el Derecho penal alemán y el español, porque, al contrario de lo que sucede en Alemania, entre nosotros se admite unánimemente –y tanto en los delitos de lesión como en los de peligro– que el Derecho penal es, ciertamente, accesorio del Derecho administrativo, pero no del acto administrativo (13).

Como la apertura y explotación de numerosos focos de peligro (edificaciones y minas, perforaciones de túneles, locales públicos y, también, empresas que supongan un peligro de contaminación ambiental) están reguladas extrapenalmente, por ello rige el principio, como consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico, de que la ponderación de bienes entre, por una parte, el progreso, la creación o el mantenimiento de puestos de trabajo (14), o, simplemente, el esparcimiento, y, por otra, el límite de amenazas para bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico está dispuesto a asumir para alcanzar esos fines legítimos, debe ser decidido exclusivamente –y vinculando al

(13) Todo ello viene condicionado por la diferente regulación positiva de los delitos contra el medio ambiente en los Derechos penales español y alemán. Y así, mientras que el CP español tipifica el delito ecológico con una referencia directa a la infracción de las leyes medioambientales (art. 325: «... contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente ...»), por lo que un acto administrativo autorizante, pero en contradicción con dichas leyes, y aunque sea eficaz, carece de relevancia para excluir la tipicidad, en cambio el StGB define la acción típica, prescindiendo de lo dispuesto en las leyes administrativas y remitiéndose exclusivamente al acto administrativo, como contaminación de las aguas «sin estar autorizado» (§ 324), o como «explotación prohibida de instalaciones» contaminantes sin la «preceptiva autorización». De los problemas que crea en el Derecho penal alemán esta rechazable accesoriedad penal del acto administrativo son de los que me voy a ocupar en lo que sigue.

(14) Cfr. sólo GEISLER, *NJW* 1982, p. 14; SCHÜNEMANN, *wistra*, 1986, p. 236.

Derecho penal— por el Derecho administrativo, de tal manera que aquello que tolera el Derecho de policía no puede transformarse en un riesgo juridicopenalmente prohibido.

Para ilustrar todo ello con un ejemplo: En los espectáculos taurinos, que se celebran con fines de puro esparcimiento, no sólo se impone preceptivamente, en el artículo 47 del correspondiente Reglamento español de 1996, una circunstancia generadora de peligros —a saber: que las astas del toro no estén afeitadas—, sino que incluso se castiga con una multa la infracción de esa prohibición: si se produce la muerte de un torero, que habría sobrevivido si los cuernos del toro que acabó con su vida hubieran sido «arreglados» por el empresario taurino, en ningún caso puede el juez penal condenar a ese empresario por un homicidio imprudente, pues lo que juridicoadministrativamente es un riesgo permitido, también lo tiene que ser juridicopenalmente: para expresarlo con *Papier*: «las reglas del Derecho administrativo material [no pueden ser] “arrolladas” por el Derecho penal» (15).

2. La cuestión controvertida en Alemania (16) de si una autorización jurídicamente eficaz de la autoridad administrativa puede no sólo excluir la tipicidad o la antijuridicidad de los delitos contra el medio ambiente, sino también la punibilidad por las lesiones en la vida, en la salud o en la propiedad que pudieran resultar de una contaminación de las aguas cubierta por una licencia de vertidos que no sea nula —aun-

(15) NJW 1988, p. 1114. Cfr. también SCHÜNEMANN, *International Conference on Environmental Criminal Law*, 1992, p. 400: «... en el Derecho penal del medio ambiente [rige], por supuesto, el principio de la accesoriedad del Derecho administrativo. Lo que el legislador ha calificado de permitido, y, con ello, de no dañoso socialmente, no puede ser amenazado ni sancionado con una pena, ya que, en cualquier caso, sólo las acciones calificadas como socialmente dañosas pueden ser objeto del Derecho penal»; *el mismo*, *Festschrift für Triffterer*, 1996, p. 443; FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, 1993, pp. 34 ss.

(16) Cfr. HORN, *NJW* 1981, p. 3; RUDOLPHI (n. 3), p. 882: «Pero esto significa, en el resultado, que la autorización de vertidos sólo justifica la contaminación de aguas provocada por el vertido autorizado de aguas residuales como tal, pero no riesgo alguno para la salud o para la propiedad de los ciudadanos producido por ese vertido»; SCHÜNEMANN, *Festschrift für Triffterer*, 1996, p. 446; ROXIN (n. 10), § 17 n. m. 53: «Las dificultades se presentan, sobre todo, en aquellos casos en los que la autorización, al sobrepasar el riesgo legalmente admitido, es antijurídica pero no nula. Si en un caso así el comportamiento respaldado por la autorización provoca daños, entonces habrá que afirmar una responsabilidad juridicopenal si el autor es consciente de la extralimitación antijurídica del riesgo tolerado; la apelación entonces a la autorización constituiría un abuso de Derecho». De otra opinión SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, p. 169. Dubitativo SAGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1989, p. 633 n. 119, con ulteriores indicaciones.

que sí anulable—, es resuelta tanto por la jurisprudencia (17) como por la doctrina (18) como por la legislación española en el sentido de que, cuando la autoridad competente permite la apertura de un establecimiento peligroso que sobrepase los límites juridicoadministrativamente establecidos del riesgo permitido, dicha autorización no sólo deja intacta la eventual punibilidad del titular de la empresa —a no ser que éste se encuentre sometido a un error juridicopenalmente relevante—, sino que, además, desencadena la responsabilidad —por los mismos delitos que ha cometido el particular— del funcionario que ha actuado antijurídicamente.

Y así, por ejemplo, en el caso «Alcalá 20» (sentencia del TS de 17 de junio de 1995, A. 6827), en el que, en el incendio de esa discoteca madrileña, el 17 de octubre de 1983, perecieron más de 80 personas y resultaron lesionados numerosos clientes, siendo reconducidas estas consecuencias catastróficas a que habían sido infringidos masivamente los preceptos administrativos referentes a las medidas de prevención de incendios de las que debería haber dispuesto el local, no sólo fueron condenados por homicidio, lesiones y daños imprudentes los seis titulares del establecimiento, sino también, y por los mismos delitos, el funcionario administrativo competente que, a pesar de las deficiencias existentes en la discoteca, no obstante había aprobado la apertura del local. La objeción de los empresarios acusados de que estaban cubiertos por una autorización administrativa, en la que habrían confiado, fue rechazada en la sentencia con el argumento de que no deberían haber sido inducidos a error sobre las deficientes instalaciones de

(17) Cfr., por ejemplo, la sentencia del TS de 30 de noviembre de 1990, A. 9269, donde el condenado por un delito medioambiental «no niega el vertido de dióxido de azufre y residuos sólidos a la atmósfera, muy al contrario reconoce su emisión y aún el daño causado al indemnizar voluntariamente a alguno de los perjudicados, pero alega que los índices estaban autorizados por sendas órdenes del Ministerio de Industria —Dirección General de Energía—, que actuaban como factor determinante de la ausencia de antijuridicidad en su conducta al eliminar uno de los elementos normativos del tipo que sanciona el delito ecológico y que exige como requisito para su existencia la contravención de las Leyes y Reglamentos Protectores del Medio Ambiente», a lo que replica el TS, con razón, que «de la situación creada por la actuación administrativa se puede inferir una posible responsabilidad compartida de la Administración», y que «la acción administrativa sobre el medio ambiente nunca podrá rebasar la barrera establecida por las normas de seguridad que pretenden salvaguardar los bienes jurídicos protegidos».

(18) Cfr., por ejemplo, GONZÁLEZ GUITIÁN, *EPC XIV*, (1991), pp. 125/126, 134/135; DE LA MATA, *Protección penal del medio ambiente y accesoriedad administrativa*, 1996, pp. 229, 243/244; HAVA/MARQUÉS, *RDPP 2* (1999), p. 74; HAVA, *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, 2000, pp. 281 ss.

prevención de incendios del local por el acto administrativo, ya que, además de que esas deficiencias eran tan notorias que su concurrencia estaba al alcance de «cualquier persona medianamente despierta», en su condición de propietarios de varios locales de espectáculos madrileños, deberían haber sabido muy bien qué precauciones de seguridad tenían que haber adoptado en «Alcalá 20» (19).

3. Cuando el ordenamiento jurídico encomienda a la Administración, en actividades peligrosas, autorizar su apertura y, además, vigilar su funcionamiento en espacios de tiempo preestablecidos o facultativamente, ello es así porque el mantenimiento del riesgo permitido se les impone tanto a quienes explotan el establecimiento como a los servidores públicos. De ahí que sea difícil de comprender que en los delitos medioambientales el legislador alemán haya puesto del revés todo el sentido de los controles administrativos para el mantenimiento del riesgo permitido, atribuyendo a la autorización administrativa eficaz, pero en contradicción con el correspondiente Derecho administrativo material –y con las excepciones previstas legislativamente, sólo desde 1994, en el § 330 d, núm. 5 StGB (20)–, el efecto de excluir la punibilidad del funcionario autorizante –en aquellos delitos especiales en los que como, por ejemplo, el previsto en el § 327 StGB, sólo pueden ser autores quienes explotan el establecimiento– (21), y, asimismo, del titular de la empresa (22), completamente al contrario de lo que sucede

(19) El caso de Alcalá 20 está estrechamente relacionado, estructuralmente, con el caso de la montaña rusa construido por SCHÜNEMANN, *International Conference on Environmental Criminal Law*, 1992, p. 401: «Como ejemplo del Derecho industrial querría mencionar la autorización de una montaña rusa, cuyos enormes riesgos fueron desconocidos imprudentemente tanto por la policía como por quien explota la montaña rusa, falleciendo en su funcionamiento los pasajeros. ¿Quién podría afirmar en un caso así que la muerte imprudente de los pasajeros por quien explota la montaña rusa se había producido “autorizadamente” porque había ejercido su explotación con un permiso policial?».

(20) En este precepto se considera que se actúa «sin autorización administrativa», en el sentido del StGB, cuando aquella se ha obtenido «mediante amenaza, cohecho o connivencia con el funcionario», o proporcionando el particular a la Administración «datos falsos o incompletos».

(21) Cfr. sólo HORN/HOYER, *JZ* 1991, p. 704; MÖHRENSCHLAGER, *NStZ*, 1994, p. 515. De otra opinión JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.ª ed. 1991, 16/29 a n. 49.

(22) Cfr., por ejemplo, HORN, *NJW*, 1981, p. 3; HORN/HOYER, *JZ*, 1991, p. 703: «Porque –y en la medida en que– la autorización, a pesar de su antijuridicidad, sigue siendo juridicoadministrativamente eficaz, por ello debe desplegar también efectos juridicopenales, es decir: el de excluir la antijuridicidad del hecho típico»; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Allg. Teil*, 10.ª ed., 1995, § 17 n. m. 130. Sobre la totalidad de la cuestión cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *StGB*, 25 ed., 1997, antes de los §§ 324 ss. nn. mm. 16 ss., con ulteriores indicaciones. Decididamente restrictivo contra la accesoriedad del acto administrativo («eliminación total de la doctrina de la

en el Derecho español, donde en los delitos contra bienes jurídicos ecológicos regulados en los arts. 325 a 311 del Código Penal (por ejemplo, contaminaciones de las aguas, del suelo o de la atmósfera que, contraviniendo las disposiciones protectoras del medio ambiente, «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales») se castiga por un delito contra el medio ambiente tanto a quienes explotan las industrias o las actividades contaminantes como también —y tal como se determina *expresamente* en el art. 329 (23)— a los funcionarios que, infringiendo los preceptos juridicoadministrativos, hubieran autorizado su funcionamiento; y es que, como escribe *Schünemann*: «... si cualquier licencia de la autoridad administrativa, y aunque sea ilegal, excluyera la punibilidad de, por ejemplo, una contaminación de las aguas, entonces los límites del Derecho penal no serían establecidos por el legislador, sino por el Ejecutivo, quedando sustraída la actuación del Ejecutivo mismo a cualquier control por parte de la Justicia penal» (24).

IV

1. Para terminar quiero ocuparme del problema de si las teorías de la causalidad y de los delitos de omisión impropia superan también la prueba de las decisiones colectivas en el Derecho penal de la sociedad del riesgo (25), o de si, más bien, hay que introducir ciertas excepciones para estos casos (26), una cuestión que en los últimos tiempos

accesoriedad del acto administrativo») en el Derecho penal medioambiental SCHÜNE-MANN, *wistra*, 1986, pp. 240/241; *el mismo*, International Conference on Environmental Criminal Law, 1992, p. 400 ss.; *el mismo* (n. 16), pp. 444 ss. (p. 446: «Porque la Administración está sometida al legislador, quien ha definido legislativamente el bien jurídico ecológico, por ello aquella *no puede disponer* sobre el bien jurídico, sino que con su autorización ilegal sólo se hace *coculpable* de su lesión», cursivas en el texto original); véase también FRISCH (n. 15), pp. 58 ss., 67 ss., 83 ss.

(23) Sobre este tipo delictivo cfr. sólo SILVA, *Delitos contra el medio ambiente*, 1999, pp. 151 ss.

(24) (n. 16), p. 444.

(25) Cfr. SAMSON, *StV*, 1991, p. 186: «El tenor autosuficiente de los axiomas [en la sentencia del “spray” para el cuero] sólo encubre, con dificultades, los fallos metodológicos de la resolución, y apenas oscurece que con ello no se resuelve ningún problema, sino que, más bien, se adoptan posiciones discutibles y, a la larga, insostenibles».

(26) En este sentido KUHLEN, *NStZ*, 1990, p. 570. Cfr. también OTTO, *Festschrift für Hirsch*, 1999, pp. 311/312.

ha adquirido actualidad –y que se discute intensamente– con motivo, otra vez, de la sentencia del «spray» para el cuero (27), que, con razón, ha sido calificada de «leading case» (28) de la responsabilidad por el producto, y en la que, en su supuesto de hecho, el gremio directivo adoptó las resoluciones de, primero, *no retirar* el aerosol del mercado (resolución condicionante de una omisión), y, segundo, de *continuar* comercializándolo (resolución condicionante de una acción), haciendo responsables el BGH por los daños que habían sufrido los consumidores en su salud a las seis personas que *unánimemente* adoptaron esas resoluciones, a pesar de que, a partir del cuarto voto, y una vez alcanzada la mayoría, los dos últimos restantes eran superfluos para alterar decisiones ya alcanzadas.

En la participación en votaciones hay que distinguir dos diferentes constelaciones de casos en función de si las distintas personas legitimadas para votar son competentes para que un determinado foco de peligro no supere el riesgo permitido.

2. Si no es éste el caso, entonces la responsabilidad de cada votante debe decidirse, exclusivamente, según el criterio de si los participantes en la votación *han condicionado o no han condicionado* el resultado. Si en una banda criminal, integrada por cinco miembros, se va a decidir si se debe asesinar, como represalia, al jefe de un grupo enemigo, acudiendo al procedimiento de que un mensajero que desconozca el contenido del obsequio entregue a ese jefe un ramo de flores en el que se esconde una bomba, y si el acuerdo de hacerlo se adopta irrevocablemente una vez votado mayoritariamente, entonces los dos integrantes de la banda que se manifiestan en último lugar, y para el caso de que los tres primeros se hayan pronunciado ya a favor del asesinato, no pueden ser considerados autores mediatos, porque una causalidad del resultado ya condicionada no puede ser condicionada otra vez (29). De ahí se sigue que sólo las tres primeras personas con dere-

(27) Sobre esta sentencia cfr., ampliamente, GIMBERNAT (n. 6), pp. 304 ss.

(28) MEIER, *NJW*, 1992, p. 3199. La sentencia del «spray» para el cuero se califica por BEULKE/BACHMANN, *JuS*, 1992, p. 738, de «hito», por BRAMMSEN, *GA*, 1993, p. 101, de «iniciadora de nuevos caminos», y por HILGENDORF, *NStZ*, 1994, p. 561, de «sentencia directriz de la responsabilidad penal de los productores».

(29) En estos supuestos en los que, una vez adoptada la decisión mayoritaria, otro votante se adhiere, superfluamente, a lo ya acordado, no estamos, como a veces se sugiere (así, por ejemplo, el propio BGH, en la sentencia del «spray» para el cuero, y ROXIN [n. 10], § 11 n. m. 18), ni ante un caso de causalidad cumulativa, ni tampoco ante otro de causalidad alternativa o doble causalidad (críticamente, como aquí, también, HILGENDORF, *NStZ*, 1994, p. 563). Porque en la causalidad cumulativa (por ejemplo: A y B administran, cada uno de ellos, a la víctima, C, cinco gramos de un veneno cuya dosis mortal es de 10 gramos, falleciendo C por la suma de ambas can-

cho a voto que se han manifestado a favor del atentado –y porque sólo ellas han provocado la muerte mediante un instrumento humano sometido a error– puedan ser hechas responsables como autores mediatos, mientras que los dos últimos votantes –y únicamente para el caso de que se adhieran al acuerdo ya definitivo– pueden ser condenados, como mucho, por complicidad, porque no se puede ostentar el dominio del hecho cuando ni siquiera se ha condicionado el resultado (30).

tidades que, por sí solas, serían insuficientes para provocar la muerte) y en la causalidad alternativa (por ejemplo: A y B administran a la víctima, C, dos dosis de 10 gramos de un veneno, cada una de ellas suficientes, por sí solas, para causar la muerte) –sobre estos conceptos cfr. sólo BEULKE/BACHMANN, *JuS*, 1992, p. 743; ROXIN [n. 10], § 11 n. m. 24–, en el primer caso, la condicionalidad de A y de B está fuera de discusión, ya que cada dosis, añadida a la otra, ha convertido el veneno en mortal, y esa condicionalidad hay que afirmarla también en la doble causalidad o causalidad alternativa, ya que, una vez ingerida por la víctima las dos dosis igualmente mortales, ninguna de ellas permanece en el estómago de la víctima, por así decirlo, «en la reserva», mientras la otra actúa hasta que se produce la muerte, sino que ambas se mezclan en el organismo, provocando la muerte y, posiblemente, anticipándola (a otra solución habría que llegar, naturalmente, si se trata de dosis letales, ambas, pero de distintos venenos, condicionando sólo una la muerte, porque su acción es más rápida, sin que la otra haya podido desplegar sus efectos, en cuyo caso el que administró la sustancia que, aisladamente y sin la intervención de la otra, provocó la muerte, respondería de asesinato consumado, y el que administró la que nunca llegó a actuar, de uno frustrado).

CEREZO (n. 6), p. 57 n. 24 (en el mismo sentido, MEIER, *NJW*, 1992, p. 3198), aplicando un principio establecido por su maestro WELZEL, considera que en las decisiones colegiadas los votos superfluos también son causales, porque «cuando la mayoría alcanzada es superior a la imprescindible, cabe hacer abstracción, alternativamente, de todos y cada uno de los votos favorables emitidos, pero no de todos ellos conjuntamente». Es verdad que si en un gremio de cinco personas (A, B, C, D y E), en el que las dos últimas se adhieren a un acuerdo mayoritario adoptado ya por las tres primeras personas, si C no hubiera votado a favor, lo habrían hecho D y E en su lugar y, en consecuencia, la resolución habría sido la misma; pero la causalidad es algo real y no hipotético (sobre la no relevancia de los procesos causales hipotéticos, cfr. ya GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966 [hay reimpresión de 1990], pp. 119 ss.), y en el caso concreto, cuando han votado D y E, el resultado ya estaba condicionado, por lo que estos dos no han influido –aunque pudieran haber influido– en el resultado de la decisión antijurídica.

(30) De otra opinión JAKOBS, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, p. 427: “Quien vota a favor de un comportamiento negocial antijurídico, responde por este comportamiento negocial, si su voto se recuenta y se produce una mayoría, incluso aunque ésta sea innecesariamente alta, siendo indiferente en qué momento ha emitido su voto». Véase también, en el mismo sentido, SUÁREZ, *CDJ*, 1994, p. 51; KUHLEN, *JZ*, 1994, p. 1146: «Lo preferible dogmáticamente sería aceptar la causalidad, porque los votos individuales pueden ser concebidos como partes integrantes necesarias de una condición conjunta suficiente para la decisión colegial acordada»; NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialentscheidungen*, 1995,

3. a) Como introducción a la segunda constelación de casos, es decir: a aquellas decisiones colectivas en las que los legitimados para votar tienen, al mismo tiempo, obligaciones de garante, hay que discutir primero el problema de cuándo puede ser aceptada la existencia de un delito impropio de omisión. Como en los últimos tiempos me he pronunciado sobre ello en distintas publicaciones (31), y me he pronunciado en el sentido de que sólo se puede hablar de una comisión por omisión cuando el encargado de vigilar una fuente de peligro preexistente prescinde de aplicar las medidas de precaución oportunas para que este foco de peligro, que posteriormente causa el resultado, no se transforme de uno permitido en uno antijurídico, o para —en el caso de que se hayan sobrepasado ya las fronteras del riesgo permitido— reconducirlo al nivel conforme a Derecho, por todo ello —y partiendo de esos presupuestos— aquí sólo voy a tratar, complementariamente, la cuestión de hasta qué punto un comportamiento hipotético no ejecutado por parte de otras personas puede modificar la calificación como delito impropio de omisión de una inactividad.

p. 263: «Contemplado naturalísticamente, el comportamiento del miembro del gremio que vota a favor de un delito de omisión no se diferencia en nada del comportamiento del que vota a favor de un delito de acción. En ambos casos el comportamiento es parte de una formación colectiva de voluntad que está sometida a las reglas especiales, e idénticas, de este proceso de formación de la voluntad; en las dos ocasiones el voto del individuo sólo alcanza significado a través de la aplicación del modo de la votación»; WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, 1996, p. 116; Bock, *Produktkriminalität und Unterlassen*, 1997, pp. 77 ss; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, 1997, pp. 301/302; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998, p. 118; MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico*, Parte Especial, 1999, p. 185; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *RDPC*, núm. 1, extraordinario (2000), pp. 183, 184, 191.

Otra cosa sucede, naturalmente, en delitos como el de la prevaricación judicial, pues si un magistrado (o, en la prevaricación administrativa, un funcionario) colegiado —independientemente de si su voto es superfluo o no para el fallo— vota a favor de una sentencia antijurídica, entonces su comportamiento es subsumible, sin más, en el art. 446 CP, ya que, con ello, ha dictado *personalmente* una resolución injusta (cfr., en el mismo sentido, TS 24 de junio de 1994, A. 5031; 19 de diciembre de 1994, A. 10231: «es llano que todos los que han contribuido con su voto en unidad de acto al acuerdo decisorio responden personalmente de su contenido [de la resolución prevaricadora] y de sus consecuencias»), criterio éste que, con relación a la prevaricación administrativa, acogen ahora, expresamente, los arts. 319.2, 322.2 y 329.2 CP.

(31) Cfr. GIMBERNAT, *ZStW III* (1999), pp. 307-334 (= *RDPC* 4 [1999], pp. 525-553); *el mismo*, *Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht*, *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 656 ss.

Operemos con el ejemplo más clásico: Si la madre deja morir de hambre a su bebé, entonces, y naturalmente, la responsabilidad de la omitente no puede depender de que, *hipotéticamente*, otros parientes u otros vecinos tuvieran la intención de actuar amenazadora o violentamente sobre la madre, a fin de que ésta hubiera tenido que permanecer inactiva en el caso –no acontecido– de que hubiera intentado llevar a cabo la acción exigida de alimentar al niño.

Que la existencia de un delito impropio de omisión no puede hacerse depender de los eventuales *propósitos no exteriorizados* de otras personas se deduce de los siguientes argumentos: En primer lugar, de que sería simplemente absurdo que, para poder llegar a una condena de la omitente impropia, se le encomendara al juez la tarea de preguntar a todo el entorno de la madre si alguna persona perteneciente a éste habría impedido, de cualquier manera, la acción exigida, en el supuesto hipotético de que la madre hubiera intentado llevarla a cabo. En segundo lugar, de que, presuponiendo que el juez hubiera llegado a identificar a una tercera persona que efectivamente estaba dispuesta a impedir, en todo caso, que la madre alimentara al niño, ese planteamiento del problema llevaría al insostenible resultado de que nadie podría ser hecho responsable por la muerte realmente producida del bebé: la madre omitente no podría ser hecha responsable porque, si no hubiera dejado morir de hambre a su hijo voluntariamente, en cualquier caso la intervención de un tercero habría hecho imposible la alimentación del niño; y el tercero tampoco, porque su propósito –y como la madre ha omitido efectivamente la alimentación del niño– *no se ha exteriorizado en ningún comportamiento juridicopenalmente relevante*, por lo que, de acuerdo con el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, tampoco podría responder por el resultado de muerte producido. Y, finalmente, la inclusión de causas sustitutivas hipotéticas en los delitos impropios de omisión tampoco puede ser correcta, porque ello significaría –ya que en la dogmática de los delitos impropios de omisión de lo que se trata es de establecer una equivalencia con los delitos de acción (32)– que en la comisión por omisión se acudiría a un criterio –*a procesos causales que no han tenido lugar*– que no desempeña papel alguno en los delitos de comisión (33).

Si el tercero no se guarda para sí su intención de impedir la alimentación del niño, sino que la exterioriza frente a la madre, entonces

(32) Cfr. sólo GIMBERNAT, *ZStW 111* (1999), pp. 326 ss., 330, 334 y *passim* (= RDPC 4 [1999], pp. 544 ss., 549 y *passim*).

(33) Cfr., por ejemplo, ROXIN (n. 10), § 11 nn. mm. 22 y 52 ss., con ulteriores indicaciones.

el mero anuncio de ese propósito tampoco es suficiente para sustraer a la obligada de su responsabilidad, porque, como tiene una posición de garante, a pesar de ello debe esforzarse en hacer todo lo que esté en su mano para que su hijo siga con vida. Si el tercero da un paso más y amenaza a la madre con infligirle un mal para el caso de que continúe alimentando a su hijo, entonces esa amenaza no puede excluir la tipicidad de la omisión impropia, pero sí la responsabilidad de la coacción si con ello se la está colocando en una situación de estado de necesidad o de miedo insuperable, sin que, finalmente, y naturalmente, exista un comportamiento (negativo) y, con ello, tampoco una omisión en el caso de que se aplique sobre la madre una vis absoluta que le haga físicamente imposible alimentar a su hijo (34).

De todo ello se sigue que en los delitos impropios de omisión no importa nada, tal como defiende, sin embargo, la doctrina dominante, que la acción exigida, contemplando todos los procesos causales hipotéticos imaginables, hubiera evitado el resultado, por lo que, por ejemplo, hay que contradecir a Köhler (35) cuando mantiene que, si la «actividad derivada del deber de garante... depende de la colaboración de terceros (por ejemplo, del auxilio médico)», entonces hay que presumir *iuris et de iure* que el médico al que se le encargaría el tratamiento no incurriría en ninguna «acción equivocada contraria a la *lex artis*». Contra ello hay que objetar que si, por ejemplo, un niño presenta síntomas de meningitis y si la madre, imprudentemente, no avisa a ningún médico, falleciendo el niño como consecuencia de esa enfermedad, entonces la cuestión de un hipotético tratamiento médico conforme o contrario a la *lex artis* ni siquiera se plantea: a la madre hay que imputarle la muerte del niño, porque el foco de peligro que tenía que vigilar —en este caso: un hijo gravemente enfermo—, y a consecuencia de la no aplicación de una medida de precaución que le venía exigida, ha sobrepasado el riesgo permitido y ha desembocado en la producción de un resultado típico. En cambio, si la madre se comporta conforme al cuidado debido, y avisa a un médico, entonces, y naturalmente, no existe ya una omisión impropia: toda la responsabilidad sobre el foco de peligro —el niño enfermo— pasa entonces de la madre al médico, quien ahora será responsable o no —pero no ya hipotética-

(34) Cfr. GIMBERNAT, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 165/169 (= Estudios de Derecho penal, 3.ª ed., 1990, pp. 191/192).

(35) Allg. Teil, 1997, p. 229. Análogamente WEIBER (n. 30), p. 83: «El comportamiento posiblemente contrario al deber de un tercero no puede, sin embargo, exonerar al productor de sus deberes de acción penalmente sancionados, y no puede cambiar en nada la idoneidad del principio de la retirada del producto para evitar los daños».

mente, sino de una manera absolutamente real— en función de si el tratamiento se ha llevado a cabo en contra de la *lex artis* o conforme a ella.

Después de esta relativamente extensa exposición introductoria sobre la no relevancia de procesos causales hipotéticos en los delitos improprios de omisión, podemos abordar ya la cuestión de cuál es la situación en las decisiones colectivas en las que las personas legitimadas para votar tienen, al mismo tiempo, deberes de garante, un problema que analiza el BGH en la sentencia del «spray» para el cuero para enjuiciar el comportamiento de los miembros del colectivo que han omitido llevar a cabo una retirada del producto. Presuponiendo que esa retirada no ejecutada constituya un delito impropio de omisión —una cuestión sobre la que no existe acuerdo ni en la fundamentación ni en el resultado, y de la que no puedo ocuparme aquí por razones de tiempo— (36), en tal caso habría que adherirse al BGH cuando manifiesta que todos los directivos se habrían hecho responsables, al no ordenar la retirada, y como coautores, por las lesiones producidas a los consumidores en comisión por omisión, y todo ello porque la sociedad que fabricaba el producto distribuía un foco de peligro (el «spray» para el cuero) cuyo mantenimiento dentro del riesgo permitido correspondía a la dirección de la empresa —al menos desde que se celebró una reunión extraordinaria de los directivos por la situación excepcio-

(36) La existencia de un delito impropio de omisión en el caso del «spray» para el cuero se defiende por la doctrina dominante con distintas fundamentaciones: injerencia sobre la base de «una contradicción objetiva con el deber del comportamiento previo», si bien éste no presupone «que el agente haya lesionado, con ello, sus deberes de cuidado, es decir, que se haya comportado imprudentemente» (así el BGH); injerencia sobre la base de un comportamiento previo conforme al deber, pero de «riesgo incrementado» (así KUHLEN, *NStZ*, 1990, pp. 568/569 [de otra opinión, aparentemente, el mismo, *GA* 1994, p. 361]; JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.ª ed. 1991, 29/42; BEULKE/BACHMANN, *JuS*, 1992, p. 740; HIRTE, *JZ*, 1992, p. 257; MEIER, *NJW*, 1992, p. 3196; RUDOLPHI, en: *SK StGB* § 13 n. m. 40 c; Otto [n. 26], p. 310); posición de garante sobre la base de los deberes de aseguramiento del tráfico (así Freund, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 215, 217, 241/242; PUPPE, *JR*, 1992, p. 30; HILGENDORF [n. 2], pp. 140-143; BRAMMSEN, *GA*, 1993, p. 120; WEIBER [n. 30], pp. 59 ss.; Bock [n. 30], pp. 103 ss.; SEELMANN, en: *NK*, § 13 n. m. 125; SCHWARTZ, *Strafrechtliche Produkthaftung*, 1999, pp. 50 ss.). Contra la admisión de un delito impropio de omisión en el caso del «spray» para el cuero y en otros supuestos de estructura similar se han pronunciado: SCHÜNEMANN (*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 83 ss., 290; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 99, 101, 210-213; *wistra* 1982, pp. 44/45; GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 67/68); SAMSON, *StV*, 1991, p. 184; BEULKE/BACHMANN, *JuS*, 1992, p. 740; Schall, SCHÜNEMANN (ed.), *Unternehmenskriminalität*, tomo III, 1996, p. 109.

nal y crítica por la que se atravesaba— (37). Pues cada uno de los co-garantes está obligado a impedir cualquier desestabilización hacia la esfera de lo prohibido del foco de peligro que tienen que vigilar, o a reconducirlo al nivel de lo conforme a Derecho cuando hayan sido sobrepasados ya los límites del riesgo permitido (38), y todo ello independientemente de si esa desestabilización amenazante o consumada tiene su origen en un accidente o en el hecho antijurídico de otra persona (39), teniendo que atenerse el Derecho —como en el caso de la madre que deja morir a su hijo de hambre— a lo que *realmente* ha sucedido en el supuesto en cuestión: si en el caso del «spray» para el cuero el garante «hubiera hecho todo lo que le era posible y exigible...», para conseguir la resolución exigida por el Derecho», entonces se habría comportado conforme al deber, de tal manera que los daños provocados por el foco de peligro que se encontraba por encima del riesgo permitido sólo se les habrían podido imputar a los restantes co-garantes; si, por el contrario, el garante en cuestión —y tal como sucedió realmente en el caso del «spray» para el cuero— no ha hecho nada para convencer a los restantes miembros del colectivo de que era obligada una retirada del producto, entonces se ha comportado infringiendo el cuidado debido, y responde, por consiguiente —junto con los otros miembros del gremio—, por los daños causados por el producto, sin que pueda apelar, para liberarse de su responsabilidad, a algo no-

(37) De acuerdo con el BGH en este punto, entre otros: KUHLEN, *NStZ*, 1990, p. 170; BEULKE/BACHMANN, *JuS*, 1992, pp. 742 ss.; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, 1993, pp. 125 ss.; *el mismo*, *NStZ* 1994, pp. 563 ss.; HEINE (n. 2), pp. 160 ss.; WEIBER (n. 30), pp. 70 ss., 129. Críticamente contra la argumentación del BGH sobre la causalidad de todos los acusados para la ausencia de la acción de la retirada del producto en la sentencia del «spray» para el cuero —ya que para la doctrina dominante la existencia de un delito impropio de omisión depende, equivocadamente, de que la acción exigida, con una probabilidad rayana en la certeza, hubiera evitado el resultado— entre otros: SAMSON, *StV*, 1991, pp. 184 ss. («Fundamentación ... completamente inaceptable»); MEIER, *NJW*, 1992, pp. 3197/3198 («En el resultado hay que aprobar la opinión del BGH, pero su fundamentación, sin embargo, ha de ser rechazada», p. 3197); PUPPE, *JR*, 1992, pp. 32 ss.; RÖH, *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, 1995, p. 48: «En consecuencia, el BGH no aporta la prueba de una (cuasi-) causalidad de cada uno de los directivos para los resultados producidos de lesiones corporales: ni en referencia al hecho omisivo doloso ni al imprudente. Que tal prueba no puede sustituirse con la afirmación de que una solución distinta no sería ajustada a Derecho no necesita de una ulterior explicación»); RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 59 ss.; SCHALL (n. 36), pp. 116/117.

(38) Cfr. GIMBERNAT, *ZStW* 111 (1999), pp. 325 ss. (= *RDPC* 4 [1999], pp. 544 ss.).

(39) Cfr. GIMBERNAT, *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 656 ss.

existente, a saber: a que si hubiera realizado lo que no ha realizado en absoluto: un comportamiento conforme al cuidado debido, tal vez los otros directivos tampoco se habrían dejado convencer.

Aunque el BGH apenas de ocupa de ello, porque en la sentencia los daños en la salud producidos por omisión y por acción se valoran como un único comportamiento, no obstante hay que estudiar por separado la ulterior cuestión de por qué en el acuerdo de la dirección de la empresa de *seguir distribuyendo* el «spray» para el cuero (*hacer*) también se admite la coautoría de todos los directivos (40). Si el miembro de un gremio se adhiere en la votación a una resolución adoptada ya mayoritariamente de continuar comercializando el producto, entonces ese voto superfluo, porque ya no condiciona el resultado –y tal como se ha expuesto anteriormente– sólo puede fundamentar una complicidad por acción. La admisión de una coautoría en la sentencia del «spray» para el cuero, también en este delito de acción, es, sin embargo, correcta; pero no sobre la base de lo que ha *hecho* el miembro del órgano colegiado, sino porque –a diferencia del caso de la banda de criminales– el directivo –en su condición de director de establecimiento de una empresa que comercia con productos peligrosos– es co-garante de que tales productos –por encontrarse por encima del riesgo permitido– no sean distribuidos: es al mismo tiempo cómplice por acción y coautor por omisión, desplazando este último fundamento de responsabilidad más grave al primero. Con otras palabras: El directivo responde como coautor no por lo que ha *hecho* (votar a favor de una resolución ya adoptada), sino por lo que *no ha hecho*: no intervenir para que el producto defectuoso no siguiera siendo distribuido.

Resumo lo expuesto: Si en las decisiones colectivas los legitimados para votar no tienen obligaciones de garante, entonces rige sin restricciones la teoría de la condición, de tal manera que, una vez adoptada la resolución, los restantes miembros del gremio que emiten un voto positivo, pero que ya es superfluo, sólo pueden ser considerados, como mucho, como cómplices. Si, por el contrario, los legitimados para votar tienen, al mismo tiempo, obligaciones de garante, entonces cada uno de ellos responde –independientemente de si su

(40) WEISER opina, en cambio, que la causalidad de los directivos tiene el mismo fundamento tanto cuando aquéllos acordaron una omisión (la no retirada del producto) como cuando decidieron una acción (seguir comercializándolo): véase (n. 30), p. 160: «Como la punibilidad de los directivos acusados por un hacer positivo *no plantea ningún problema ulterior* frente a la punibilidad por omisión, rige, en tanto en cuanto y análogamente, la exposición que se ha hecho dentro de la discusión de los delitos de omisión» (cursivas añadidas).

voto es o no condicionante— como coautor en los delitos dolosos —o como autor en los hechos punibles imprudentes—, y todo ello independientemente de si la resolución consiste en provocar una omisión o una acción: la razón de por qué esto es así no reside, sin embargo, en que han votado a favor de la decisión, sino en que, como garantes, estaban obligados, en un caso, a la retirada del producto y, en el otro, a impedir que siguiera distribuyéndose.

V

He llegado al final de mi conferencia. La teoría general del delito elaborada por la dogmática juridicopenal en los últimos 100 años constituye un imponente edificio que debe ser considerado como uno de los grandes logros de las ciencias del espíritu. Como he tratado de exponer de la mano de algunos ejemplos, no se puede hablar, en absoluto, de que los conceptos fundamentales de esa teoría tengan que ser abandonados a la vista de nuevos fenómenos penales como la responsabilidad por el producto, los delitos medioambientales o el Derecho penal de empresa; por el contrario: hay que mantener que los conceptos fundamentales tradicionales —que permanentemente se están desarrollando y perfeccionado ulteriormente—, como, por ejemplo, el de la causalidad, el de los delitos impropios de omisión, el de la autoría y participación o el de la imprudencia, están plenamente en situación de asimilar esos nuevos fenómenos y de dar a los problemas que generan soluciones conformes con la justicia y con la seguridad jurídica.

