

LA RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL*

POR FRANCISCO MUÑOZ CONDE

El autor realiza un análisis de la responsabilidad por el producto en el derecho penal español, tomando como base un caso real ocurrido en España: "aceite colza". Se examina la responsabilidad por el producto como un delito contra la salud pública y como un delito de homicidio o lesiones; asimismo, se diferencia la sanción penal de la sanción administrativa, y se plantea la problemática que tiene el derecho penal "clásico" para resolver este tipo de delitos.

I. PUNTOS DE PARTIDA

A principios de mayo de 1981 empezaron a aparecer los primeros síntomas de lo que poco después se reveló claramente como una intoxicación masiva de miles de personas provocada, al parecer, por la ingestión de un aceite de colza desnaturalizado desviado al consumo humano, la Administración de Justicia española tuvo que afrontar por primera vez en su historia un problema de una dimensión humana y social, pero también de una dificultad dogmática hasta entonces desconocidas.

Más de 300 muertos y unos 15,000 damnificados fueron aproximadamente las víctimas de aquel envenenamiento alimenticio. Casi diez años duró la tramitación de la causa y mas de un año la vista oral en la Audiencia Nacional y otro año más la tramitación de los correspondientes recursos de casación que ante la Sala 2 del TS plantearon tanto la defensa de los condenados, como las acusaciones. El TS emitió su sentencia el 23 de abril de 1992, exactamente once años después de la aparición del problema⁽¹⁾.

Ya antes de 1981 había tenido la justicia alemana que ocuparse de un caso parecido que, a finales de los años 50 y principios de los 60, conmovió a la opinión pública con la misma intensidad con la que se conmovió la española veinte años después con lo que ha venido en llamarse el "caso de la colza". En el caso alemán se trataba de un producto, el Contergán o Talidomida, que se recomendaba como tranquilizante a mujeres embarazadas en los primeros meses del embarazo, y cuya ingestión determinaba, al parecer, la producción de abortos o graves daños en los sistemas óseo y nervioso de los recién nacidos que morían al poco de nacer o, si sobrevivían, quedaban con graves malformaciones, focomelia o extremidades en forma de aleta de foca, y lesiones

irreversibles. Más de diez mil niños afectados en varios países europeos fueron la consecuencia de aquel caso. Y tras más de dos años de juicio, la Audiencia de Aachen o Aquisgrán, aunque dio por probada la relación de causalidad entre la ingestión del medicamento y los daños producidos, no llegó a condenar penalmente a los fabricantes, al comprometerse éstos a indemnizar a las víctimas con un fondo de 114 millones de marcos⁽²⁾.

En el caso español de la colza, el TS no sólo confirmó la sentencia condenatoria de la Audiencia, sino que la agravó y la extendió a otros acusados que habían sido absueltos, imponiendo largas penas privativas de libertad a los que consideró principales responsables del desastre. Sin embargo, esta sentencia apenas pudo satisfacer las cuantiosas indemnizaciones civiles reclamadas por las víctimas o sus herederos, más allá del patrimonio de que disponían los condenados, deplorando expresamente "no poder arbitrar otras medidas de reparación mas eficaces", por carecer para ello de los poderes institucionales necesarios.

A partir de estos dos casos, y de otros menos espectaculares que se han producido en los últimos años, la doctrina, el legislador y la jurisprudencia penales se han visto confrontadas a una serie de cuestiones dogmáticas, difícilmente solucionables con el arsenal argumentativo tradicional del Derecho Penal "clásico"⁽³⁾.

Cuando todavía los problemas de la causalidad se exponen en los manuales de Derecho Penal de la mano de casos como el de Juan envía a Pedro al bosque a coger setas un día de tormenta con la esperanza de que caiga un rayo y lo mate, lo que efectivamente sucede; casos como los del

2 Esta sentencia de la Audiencia de Aquisgrán (LG Aachen) está publicada por ej. en la *Juristenzeitung* (JZ) 1971, 507 ss. (hay una traducción parcial de la misma realizada por Gómez Benítez, en Gómez Benítez, 123 ss. Ver también las consideraciones sobre la misma de Hassemer, en la Tercera Parte de esta obra, B II 1.
3 Véase supra Primera Parte, B I.

* El presente trabajo constituye un capítulo del libro: Hassemer/Muñoz Conde, "La responsabilidad por el producto en Derecho Penal", Valencia 1995.

1 Véase STS 23 abril 1992, A.6783

Francisco Muñoz
Conde

• Catedrático de
Derecho Penal de la
Universidad de Sevilla

Contergán o el de “la colza” plantean unas dificultades y una complejidad hasta entonces inimaginadas, sobre todo si se tiene en cuenta que ni siquiera se conocen claramente, o por lo menos no pudieron probarse satisfactoriamente, los mecanismos a través de los que se produjeron los gravísimos daños. Ni siquiera las modernas teorías de la imputación objetiva, desarrolladas para solucionar los problemas de imputación que depara el tráfico automovilístico y la responsabilidad por imprudencia en general, han conseguido dar una fundamentación satisfactoria a la imputación de resultados, cuya producción no puede reconducirse inequívocamente a un determinado producto o a alguno de sus componentes⁴. Por no decir nada de los problemas que ello implica en la valoración de la prueba de la causalidad por los jueces, cuando ésta es confusa o contradictoria y deja muchas dudas sin resolver. Entre el *in dubio pro reo* y la condena hay unos márgenes que el juez tiene que recorrer a través de una “libre” valoración de la prueba que, sin embargo, no puede constituir una absoluta subjetivación de la misma⁵.

Y por si todo esto fuera poco, está el problema de la distribución de la responsabilidad penal entre una pluralidad de intervinientes en los hechos que suelen actuar a través del complejo mundo de las sociedades mercantiles, cuya estructura y configuración jurídicas dificulta la individualización de la misma. Salvo que algún día se llegue a admitir una responsabilidad colectiva o una responsabilidad puramente objetiva por hechos ajenos, la responsabilidad penal es, hoy por hoy, tanto en el Derecho Penal español, como alemán, individual, personal e intransferible y sólo a partir de

La responsabilidad
penal hoy
es individual,
personal
e intransferible.

la determinación del grado de participación subjetivo de cada uno de los distintos intervinientes en las diferentes fases de fabricación, elaboración, distribución y venta del producto pueden establecerse las correspondientes cuotas de responsabilidad penal. Pero, ¿cómo orientarse en la boscosa selva de los distintos niveles de decisión de una empresa en forma de sociedad mercantil, desde los más bajos peldaños de actuación hasta los más altos cargos directivos para decidir a quién o a quienes y en qué grado corresponde atribuirle la responsabilidad penal por los daños producidos? ¿Deben seguir manteniéndose las mismas categorías y principios de distinción entre autoría y participación, entre acción y omisión, entre causalidad e imputación objetiva, entre dolo e imprudencia?⁶

La respuesta a estos interrogantes y la dificultad de solucionar los nuevos problemas que depara la llamada “responsabilidad por el producto” en Derecho penal, es una de las razones que, como se ha explicado en la Primera Parte de este libro⁷, han hecho surgir un derecho penal “moderno”, es decir, un Derecho Penal capaz de enfrentarse con éxito a estas nuevas formas de conculcación del orden social, económico y jurídico.

Este “moderno” Derecho Penal se caracteriza por:

- Una tendencia a la protección de bienes jurídicos de carácter social o institucional antes que individual (salud pública, medio ambiente, derechos de los consumidores, equilibrio económico, etc.).

4 Pues, como bien señala la STS 23 abril 1992, “la exigencia de la causalidad natural no se ve afectada por la teoría de la imputación objetiva a la que con frecuencia ha recurrido la jurisprudencia, pues los criterios que proporciona esta teoría no reemplazan, sino que limitan la causalidad jurídico penalmente relevante”. Para más detalles infra B, 2 y Tercera Parte, B.

5 Para más detalles infra B, 1 y Tercera Parte B V.

6 Aquí no se discute que las nuevas formas de criminalidad requieren para su tratamiento adecuado una reestructuración del arsenal dogmático argumentativo tradicionalmente basado en los delitos contra la vida, sino si esa reestructuración se puede llevar a cabo renunciando a los principios básicos del Derecho Penal del Estado de Derecho y desnaturalizando los conceptos y categorías que se emplean para resolver los problemas que plantea la criminalidad tradicional. Una cosa es que el sistema del Derecho Penal debe estar fundamentado en los fines político criminales de carácter preventivo legitimados democráticamente, y otra es que simplemente las categorías sistemáticas elaboradas en base a los principios constitucionales del Derecho Penal (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) sean desnaturalizadas cuando no sustituidas por finalidades políticas coyunturales, guiándose sólo por criterios de funcionalidad o eficacia. Sobre estos peligros ya advirtió en una primera etapa Roxin, 1972, y también Hassemer, en diversos trabajos (por todos, Hassemer/Muñoz Conde, 173 ss.), coincidentes con las opiniones aquí expuestas (véase por ej. Muñoz Conde, 1972; 1975, 58 ss.; 1985, 67 ss; Muñoz Conde/Hassemer, 21 s.; Muñoz Conde/García Arán, 27, 63 ss.).

7 Véase supra Primera Parte, B III.

- b) Una anticipación del momento de intervención del Derecho penal, castigando ya la mera puesta en peligro, aunque sea lejana, del bien jurídico, a través incluso de la creación de delitos de peligro abstracto.
- c) Un debilitamiento de los presupuestos de la punibilidad, tanto en la constatación de los diferentes grados de imputación objetiva (causalidad, posición de garante, etc.), como subjetiva (tendencia a prescindir en el dolo del elemento volitivo referido al resultado; ampliación del concepto de deber de cuidado en el ámbito empresarial, etc.).
- d) Una reducción de las garantías procesales, eliminando fases completas del proceso penal, acortando su duración o invitando al acusado a dar su conformidad a la condena como forma de terminación anticipada del proceso.
- e) El recurso a leyes sectoriales muy técnicas o a normas penales en blanco, dejando, en todo caso, un amplio margen a la discrecionalidad o arbitrio judicial, tanto en la constatación de los presupuestos de la punibilidad, como en la determinación de las consecuencias jurídicas.

Y todo ello en aras de una funcionalidad o eficacia que el Derecho Penal está muy lejos de poder alcanzar, entre otras cosas por exceder en mucho de sus posibilidades y capacidades, enmarcadas siempre en los principios del Estado de derecho.

El resultado de todo ello es un “Derecho Penal simbólico”, creado de cara a la galería, para aplacar los sentimientos de inseguridad y la inquietud de los ciudadanos ante los nuevos problemas, aunque sin resolverlos realmente. Los costos de este “moderno” Derecho penal son, pues, mayores que sus ventajas. Por eso, hay quien propone una vuelta al viejo Derecho penal, al Derecho penal clásico, que, con todas sus limitaciones, pero también con todas sus garantías para el ciudadano, se ocupa de los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, dejando la solución de los nuevos problemas que caracterizan a la sociedad moderna, sobre todo en materia de salud pública, protección de los consumidores, medio ambiente, etc., en manos de un Derecho de intervención, mezcla de diversas ramas del Derecho, pero sobre todo de Derecho civil y administrativo, que busque principalmente la prevención de los daños, mediante el adecuado control de las actividades peligrosas, y la adecuada reparación civil, cuando a pesar de las medidas de control, los daños se lleguen a producir⁽⁸⁾.

Estas recetas que Hassemmer propone para el Derecho alemán pudieran también ser de aplicación al Derecho español, donde el problema comienza a plantearse, pero antes de asumirlas, parece conveniente que veamos el problema de la “responsabilidad por el producto” en el Derecho penal español y analicemos los instrumentos de que éste dispone para enfrentarse con el problema.

A) La responsabilidad por el producto como delito contra la salud pública

Muchas de las conductas que pueden dar lugar a una responsabilidad jurídico-penal por el producto son en el Derecho penal español ya de por sí constitutivas de alguno o algunos de los delitos contra la salud pública tipificados en la sección 2a. del capítulo II del Título V del Libro II del vigente Código penal. En estos delitos se castigan conductas que recaen sobre diversos objetos (sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar estragos, medicamentos, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sustancias medicinales y productos alimenticios) y que tienen en común el ser potencialmente lesivas para la vida o la integridad física y salud de las personas⁽⁹⁾.

Sin embargo, aún siendo la razón última de la incriminación de estas conductas la protección de la vida y la salud de las personas como bienes jurídicos individuales, no son éstos los bienes jurídicos directamente protegidos en tales pre-

8 Lo que obviamente no excluye el que también y paralelamente se pueda utilizar el Derecho penal para la sanción de los atentados más graves a los bienes jurídicos colectivos más importantes, pero ello siempre como intervención de segundo grado que, en ningún caso, puede sustituir la necesaria intervención de otras ramas del Derecho y mucho menos servir de pretexto para encubrir sus fallos; véase infra Cuarta Parte.

9 Fuera de nuestra consideración queden los delitos, también tipificados en la misma Sección Segunda, de exhumaciones ilegales (art. 345), contra el medio ambiente (art. 347 bis) y de propagación maliciosa de enfermedades (art. 348 bis), por presentar una problemática propia no relacionada directamente con la “responsabilidad por el producto”. Tampoco nos ocupamos, salvo que sea necesario para la argumentación desarrollada, de otros delitos de peligro tipificados en otras secciones del Capítulo II del Título V, en otros lugares del Código penal o de la legislación penal especial, tales como los delitos contra la seguridad del tráfico, la seguridad en el trabajo y otros delitos de riesgo. Igualmente queda fuera de nuestra consideración la problemática patrimonial y económica de la responsabilidad penal por el producto, en sus distintas formas de delitos patrimoniales o contra los intereses económicos de los consumidores (véase al respecto, los trabajos de González Rus, Roldán Barbero, etc.).

ceptos, sino la salud pública como un único bien jurídico universal de carácter autónomo que, al mismo tiempo, sirve como pauta o punto de referencia para la interpretación de los correspondientes tipos penales¹⁰.

Esto quiere decir dos cosas:

- 1a.) Que para castigar la conducta subsumible en el tipo legal, no es necesario demostrar en el caso concreto ninguna puesta en peligro, ni mucho menos lesión de bienes jurídicos individuales.
- 2a.) Que la propia autonomía del bien jurídico colectivo salud pública requiere que la conducta incriminada pueda tener algún tipo de incidencia en el mismo, es decir, una "aptitud para lesionar la salud" o "nocividad".

De ahí se deduce una conclusión fundamental: los delitos contra la salud pública antes citados son, desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales, "delitos de peligro abstracto", es decir, delitos en los que la propia potencialidad,

La doctrina exige una aptitud lesiva en comportamientos tipificados como delitos contra la salud pública.

idoneidad o aptitud del objeto para producir daños, constituye la razón de la incriminación de la conducta manipuladora, aunque en el caso concreto el bien jurídico individual no llegue a afectarse lo más mínimo.

Contra este tipo de delitos se han formulado las más severas críticas, señalando, sobre todo, las dificultades que hay para diferenciarlos de los simples ilícitos administrativos, y la posibilidad de que infrinjan el principio de intervención mínima del Derecho penal,

elevando a la categoría de delito simples infracciones administrativas, cuyo enjuiciamiento en el caso concreto no requiere más que la prueba de

la infracción reglamentaria correspondiente, sin ulteriores exigencias de daño o de peligrosidad concreta para bienes jurídicos individuales¹¹.

Desde luego, si se atiende a la configuración típica de los diversos delitos tipificados en los arts. 341 a 346 del vigente Código penal se ve inmediatamente que el núcleo del tipo lo constituye la realización de la conducta "sin hallarse autorizado" (art. 341), "sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos" (art. 342), "sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias" (art. 343 bis), que "promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal" (art. 344), "omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad o composición" (art. 346), etc. Es decir, que lo verdaderamente importante es la constatación de la infracción administrativa o de la falta de autorización administrativa correspondiente, elevándose la misma sin ulteriores exigencias, salvo las referencias dolosas o culposas al tipo objetivo del delito (arts. 1 y 6 b), a la categoría de infracción penal. Para ello se utiliza además una técnica de norma penal en blanco¹², con la que, como es sabido, el legislador penal se remite para la delimitación del supuesto de hecho de la norma penal a normas de carácter no penal, y generalmente administrativa y con rango inferior al de una ley. El problema, por tanto, no es ya que se eleve automáticamente a la categoría de delito una simple infracción administrativa, sino que sean también las autoridades de este orden las que, en definitiva, decidan el carácter delictivo de un comportamiento.

Pero precisamente, para salvar el principio de intervención mínima del Derecho penal y dotar de un contenido material al desvalor penal de estos comportamientos, la doctrina viene exigiendo esa "aptitud lesiva" en todos los comportamientos incriminados como delitos contra la salud pública, bien derivando dicha exigencia de

10 Sobre la salud pública como bien jurídico autónomo, Muñoz Conde, 9ª ed., 474 (a favor de esta opinión, Pérez Álvarez, 43 ss. y Corcoy, 337 ss). En favor de una consideración de la salud pública como bien jurídico derivado de la salud individual, lo que no me parece incompatible con la tesis aquí mantenida, entre otros Rodríguez Montañés, 304 ss.

11 En contra de los delitos de peligro abstracto, así concebidos, se ha manifestado la mayoría de la doctrina española que se ha ocupado del tema, entre otros, Barbero Santos, Escrivá Gregori, Méndez Rodríguez y Rodríguez Montañés, aunque después muestre una actitud menos crítica en relación con el uso de los delitos de peligro abstracto en determinados ámbitos de la criminalidad, como la económica (Terradillos Basoco, 48), o el uso indebido de energía nuclear (Cuesta Aguado, 155), si bien exigiendo algún tipo de elemento adicional en la constatación de la acción típica, que se ha convertido en una exigencia general para este tipo de delitos, véase por todos Maqueda Abreu, 485 ss. (véase infra nota 14).

12 Véase García Arán, 1993; Muñoz Conde/García Arán, 35 ss., 103 ss.

una interpretación de los propios términos empleados en la configuración típica (“sustancias nocivas”, “productos químicos que puedan causar estragos”, arts. 341 y 342; “medicamentos deteriorados”, art. 343; “sustancias o productos que causen grave daño a la salud”, art. 344; “privándole total o parcialmente de su eficacia terapéutica”, art. 344 ter; “pusiere en peligro la salud”, art. 346), bien del propio contenido de la antijuricidad material de estos delitos, que, en todo caso, deben representar una lesión o puesta en peligro del bien jurídico salud pública¹³. Aun así tiene que reconocer que hay algunos tipos de delitos contra la salud pública, como la expedición de medicamentos sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias (art. 343 bis) o la exhumación ilegal (art. 345), en los que estas exigencias, ni expresa, ni tácitamente, se derivan de la configuración legal de los tipos delictivos¹⁴.

Si se admite, sin embargo, de un modo general la exigencia de “aptitud lesiva” para incriminar estas conductas, se puede decir que puede ser una respuesta adecuada, propia de un Derecho Penal moderno, al problema de la responsabilidad por el producto, la utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto, en su forma de delitos de aptitud o de peligro hipotético, o como quiera llamárseles, que adelanten la barrera de protección penal de los consumidores frente a la amenaza de los productos defectuosos al momento en que se fabrique, se distribuya o se venda el

producto, sin necesidad de que éste llegue a producir resultado lesivo alguno, ni siquiera una puesta en peligro concreto de la vida o la salud de alguna persona.

Desde luego, no parece en absoluto descabellada una idea de esa clase y los tipos de delitos contra la salud pública actualmente existentes, a pesar de su anticuada y deficiente redacción, podrían perfectamente cumplir esa meta. Un buen ejemplo de un Derecho Penal viejo que puede pasar, con un par de retoques técnicos, por un nuevo Derecho Penal, en el que se cumplirían casi al pie de la letra las características del moderno Derecho Penal: protección de los bienes jurídicos colectivos, utilización para ello de la técnica de los delitos de peligro abstracto, reducción de los presupuestos de la punibilidad prácticamente sólo a la demostración de la infracción administrativa y de una vaga potencialidad lesiva de la conducta infractora.

Sólo que esto es precisamente lo que aquí se discute: si esta forma de protección de la salud pública no puede llevarse a cabo de forma más eficaz y menos restrictiva de los derechos fundamentales por la vía del Derecho Administrativo o un Derecho de Intervención, en el que predomine la idea de prevención del daño aun no producido antes que la del castigo del daño ya provocado. La respuesta a este problema la da de hecho ya la propia praxis jurisprudencial que prácticamente sólo se ocupa de estos delitos, cuando a consecuencia de ellos se producen muertes o lesiones personales, dejando en manos de la administración la sanción o control de las conductas meramente peligrosas o infractoras de las normas administrativas¹⁵. Otra cosa es que la praxis

13 Muñoz Conde, 9ª ed., 475.

14 Muñoz Conde, ob. u. cit., 478, 485. En la doctrina se suele distinguir entre los auténticos delitos de peligro abstracto, en los que no se requiere ningún tipo de demostración de peligrosidad de la acción, y los delitos de peligro abstracto-concreto en los que la conducta ha de ser objetivamente peligrosa, aunque en las circunstancias concretas no llegue a serlo. En la doctrina española Torío López, 826 ss., habla de delitos de peligro hipotético, en los que el tipo no reclama la producción de un peligro efectivo, pero la acción debe ser apta para producirlo; en este grupo se integrarían los delitos que aquí estamos estudiando. De esta opinión también Maqueda Abreu, 488, 492. En todo caso, parece claro que, como señala Rodríguez Montañés, 338, es imposible ofrecer una solución global para todos los delitos que actualmente se incluyen bajo la rúbrica de delitos de peligro abstracto, aunque no me convence la distinción que propone dicha autora entre delitos orientados a la protección de bienes jurídicos individuales o individualizables y aquellos que protegen bienes jurídicos supraindividuales inmatrimoniales o institucionalizados, porque, en última instancia, la razón de ser de éstos no puede ser otra que la protección de los bienes jurídicos individuales. Sobre otras clasificaciones de los delitos de peligro abstracto, véase Méndez Rodríguez, 168 ss.; Maqueda Abreu, 494.

15 De los delitos de peligro contra la seguridad e higiene en el trabajo introducidos en el art. 348 bis a) en la reforma de 1983, y de los otros delitos de peligro tipificados en el art. 348 bis b), a partir de la reforma de 1989, no existe en los repertorios jurisprudenciales ni una sola sentencia en la que se aplica el delito de peligro como tal, sin haber llegado a producir la correspondiente lesión o muerte de alguna persona concreta. De la manipulación alimenticia tipificada en el art. 346 se puede decir otro tanto, aunque aquí si se haya encontrado una sentencia en la que se castiga, por haber cambiado las fechas de caducidad de un producto, al comerciante de turno, al que realmente se podría calificar, como hacía Quintano Ripollés, respecto a un individuo que en la casi centenaria vigencia del delito de ocultación fraudulenta de bienes o industria había sido el único condenado, de “desventurado ganadero” (cfr. STS 20 junio 1989, A. 5170). Lo mismo se puede decir de los demás delitos de peligro tipificados en la sección segunda del Capítulo II del Título II, con excepción del delito contra el medio ambiente que empieza a ser aplicado con más frecuencia, pero siempre a partir de la constatación de daños evidentes a la flora y fauna (cfr. STS 11 marzo 1992).

administrativa, preventiva, controladora y sancionadora, en esta materia deje también mucho que desear. Pero lo que no podemos hacer es cubrir los déficits de funcionamiento de la Administración con un Derecho Penal simbólico, creando déficits mayores y más difíciles de solucionar. En Alemania, donde la responsabilidad por el producto está siendo objeto de especial atención, los similares delitos contra la salud pública allí existentes apenas se invocan o se aplican para resolver la imputación de daños a conductas peligrosas, que ciertamente aumentaron el riesgo de que el daño se produjera, pero que ni objetiva, ni subjetivamente realizan la tipicidad de los correspondientes delitos contra la salud pública. Pero también a que, como sucede con otros delitos de peligro, incluso de peligro concreto, predomina aquí la idea de que si no se produce ningún daño el hecho peligroso en sí es irrelevante penalmente. Por otra parte, la prueba del peligro es mucho más difícil que la de la lesión y, una vez que la situación peligrosa creada se desvanece

*Si la situación
peligrosa se
desvanece sin
producir daños,
el peligro se
convierte en
entelequia
jurídica.*

sin que haya llegado a producir daños, el peligro se convierte en una entelequia jurídica, todo lo más deducible de las circunstancias concurrentes y de los indicadores de las mismas, pero imposible de reproducir ante el juez en el acto de la vista oral. Todo ello explica, pues, que en Alemania la práctica totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia que se ha ocupado de la responsabilidad jurídico penal por el producto lo haga siempre desde el punto de vista del daño producido, y nunca desde la óptica de los delitos contra la salud pública¹⁶.

16 Los preceptos aplicables a esta materia en el Código Penal alemán serían los parágrafos 319 (“Será castigado con prisión de uno a diez años quien envenene fuentes o depósitos de agua destinada al uso de personas, u objetos destinados a la venta y consumo público, o les añada sustancias que sabe son idóneas para dañar la salud humana, y quien venda o distribuya tales objetos nocivos o mezclados con sustancias peligrosas, ocultando dichas situaciones; la pena será la de prisión perpetua o una pena de prisión inferior a diez años si como consecuencia

Ello no obstante, la presencia en nuestro Código Penal de una abundante y casuística regulación de los delitos contra la salud pública, que suelen ser, aunque sólo sea en caso de producción del daño, objeto de valoración penal, bien por la vía de la cualificación por el resultado, bien por la vía del concurso de delitos, en el correspondiente proceso penal, obliga a enfrentarnos con la posibilidad de que, incluso sin que llegue a producirse daño alguno, su utilización pueda ser una vía adecuada para prevenir los daños que puedan producir los productos defectuosos, sancionando ya su fabricación, distribución o venta incorrecta. Sólo que a ello se oponen algunos obstáculos, que, sin ser insalvables, dificultan la incriminación de la conducta peligrosa como tal. Veamos cómo.

EXCURSO: Dificultades para la aplicación de estos delitos a los casos de responsabilidad por el producto.

Según la doctrina dominante en España, la práctica totalidad de los delitos contra la salud pública que en el Código Penal español tienen que ver con la responsabilidad por el producto se construyen como delitos de peligro abstracto¹⁷. Ello desde luego es así, si se los analiza desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales vida y salud o integridad física (y también de los patrimoniales que quedan fuera de nuestra consideración), pero no es tan cierto si se los considera desde el punto de vista del bien jurídico colectivo salud pública, ya que entonces las conductas tipificadas como delitos contra la salud pública serían incluso delitos de lesión de este bien jurídico, entendido como conjunto de condiciones que, de acuerdo con el desarrollo tec-

de la acción se causa la muerte de una persona”), 320 (“Si una de las acciones mencionadas en los parágrafos 318 y 319 se realiza por imprudencia y se causa algún daño, se impondrá la pena de prisión de hasta un año o multa, y la de prisión de hasta cinco años o multa si se causa la muerte de una persona”) y 330 a) (“1. Será castigado con prisión de seis meses a diez años, quien propague productos tóxicos en el aire, agua o suelo, poniendo en peligro la vida o gravemente la integridad física. 2. Si el peligro ha sido causado imprudentemente, la pena de prisión será de hasta cinco años o multa”). En la doctrina y en la jurisprudencia alemanas apenas se mencionan estos preceptos en relación con este problema.

17 En este sentido Octavio de Toledo, 79 ss.; Lorenzo Salgado, 259 ss.; Martos Núñez, 445 ss.; Sainz Cantero, 294 ss. y Rodríguez Montañés., 304 ss. Aunque en relación con el art. 346, hay, por el contrario, quien opina que se trata de un delito de peligro concreto; así, por ej., Rodríguez Ramos, 452 ss.; Corcoy, 338; Arenas Rodríguez, 132 ss.; Pérez Alvarez, 212.

nológico y científico de cada época, garantizan un nivel de bienestar, físico y psíquico, a la generalidad de los ciudadanos⁽¹⁸⁾. La cuestión es que hasta qué punto se puede hablar aquí de un bien jurídico colectivo autónomo, desligado de la vida, salud e integridad física de los ciudadanos particulares, en nuestro caso los consumidores, y además si ese bien jurídico autónomo debe ser objeto de protección jurídico-penal, más allá de las normas civiles y administrativas que garantizan y fomentan el cumplimiento de determinadas condiciones ya previamente existentes, reguladoras de la fabricación, distribución y venta de determinados productos.

Mi respuesta a esta doble cuestión es, en principio, afirmativa, pero siempre que en la intervención del Derecho Penal en esta materia se cumplan determinadas exigencias características del Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho.

a) La difícil delimitación entre infracción administrativa e infracción penal

En primer lugar, debe exigirse, tanto en la configuración del tipo penal, como en la prueba del mismo en el proceso penal, algo más que la simple infracción de una norma jurídico administrativa. Ciertamente, la infracción de las normas legales o reglamentarias que disciplinan la fabricación, distribución y venta de productos destinados al consumo humano o que pueden incidir en la salud de las personas, así como, en los casos en que sea pertinente, la falta de autorización administrativa, es ya un indicio de que la conducta puede ser merecedora de sanción penal, pero para llegar a revestir los caracteres de un delito y, por tanto, ser acreedora del reproche penal debe cumplir un requisito adicional, es decir, debe ser nociva, en el sentido de perjudicial para la salud pública, y, con ello, aunque sea indirectamente, para la vida y la salud de los distintos integrantes individuales del grupo social⁽¹⁹⁾. Si no se hace esta restricción, no habrá manera de diferenciar el simple ilícito administrativo de la infracción penal propiamente dicha y, desde luego, se pervertirá una las características básicas del Derecho Penal en el moderno Estado de Derecho: su carácter de "ultima ratio", el principio de intervención mínima y la idea de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la sanción del mismo⁽²⁰⁾. Por eso, son criticables

tipos delictivos como el art. 343 bis, que eleva a la categoría de delito el expendio de medicamentos, sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias; o los arts. 339 y 345, que castigan la inhumación o el traslado de restos humanos, contraviniendo lo dispuesto por leyes o reglamentos respecto a tiempo, sitio y demás formalidades prescritas, o, simplemente, con infracción de las disposiciones sanitarias.

La simple infracción administrativa elevada a la categoría de delito, sin mencionar en el tipo penal ninguna nota característica adicional que justifique ese salto cualitativo y cuantitativo tan importante. La norma penal en blanco entendida como un "cheque en blanco" para que la autoridad administrativa decida lo que es delito o lo que no es: La venta de un analgésico que requiere receta a un vecino que, aquejado de un terrible dolor de muelas, se lo pide al farmacéutico de la localidad a quien conoce de toda la vida, se convierte automáticamente en delito. El cambio de la clasificación farmacéutica de un producto decide que lo que hoy no es un delito (la venta de un medicamento que no requiere receta), pase a serlo mañana (porque en la última circular de la dirección General de Farmacia, por razones a veces más comerciales que sanitarias, se haya modificado su régimen de expedición). La inhumación de un cadáver, que ya huele, antes de que transcurran las veinticuatro horas reglamentarias de su fallecimiento oficial, constituye igualmente delito, etc.

La crítica a esta forma de tipificar penalmente delitos se hace por si sola y no requiere de mayor comentario. La escasa aplicación práctica de estos preceptos, a pesar de su elevada "cifra negra", demuestra que nadie considera realmente que se trate de verdaderos ilícitos penales merecedores realmente que se trate de verdaderos ilícitos penales merecedores realmente de sanción penal. No parece, por tanto, que sea ésta una buena técnica para la sanción penal de algunas conductas relacionadas con la responsabilidad por el producto. Es más, si, sobre todo en el caso de la expedición de medicamentos sin receta, se llegara a producir realmente un daño (el vecino se suicida con los analgésicos que le vendió el farmacéutico, o utiliza el "matarratas" obtenido sin receta para envenenar a alguien), probablemente no se podría incriminar al farmacéutico por el resultado producido, ni por el art. 348 que regula, como veremos más adelante, una cualificación por el resultado, ni por las reglas generales de la imprudencia, pues faltaría una mínima

18 Véase Muñoz Conde, 9ª ed., 475.

19 Cfr. Pérez Álvarez, 105 ss., 132 s.

20 Por todos, Muñoz Conde/García Arán, 66 ss., 78.

relación de adecuación entre su conducta y el resultado concretamente producido, bien por falta de creación del peligro, bien por no haberlo incrementado o no ser el resultado la realización directa del peligro originado, bien por la intervención del comportamiento doloso de un tercero; es decir, por falta de alguno de los elementos que sirven de base a la imputación objetiva del resultado en la moderna teoría del delito⁽²¹⁾.

b) La nocividad como elemento sustentador del contenido material del injusto en estos delitos

Imaginemos, sin embargo, que el resultado antes aludido (es decir, la muerte del vecino que compró el analgésico sin receta) se produce porque el medicamento estaba deteriorado o porque el farmacéutico, negligente o intencionalmente, lo sustituyó por otro de distinta composición o eficacia⁽²²⁾. Parece que aquí habría menos problema en imputar el resultado al farmacéutico que realizó este comportamiento, pero no ya por haber infringido disposiciones administrativas que seguramente existen y prohíben estos comportamientos a los profesionales de la farmacia, sino porque la conducta en si es idónea para producir estos daños y como tal es peligrosa directamente para la salud pública e indirectamente para la de los potenciales consumidores del producto. Es más, la salud pública como bien jurídico colectivo se siente ya directamente conculcada por estos hechos, aunque el usuario, por las razones que sean, no llegue a tener ningún problema grave en su salud. Es esta "idoneidad" de la conducta en si misma para producir el daño lo que justifica su incriminación penal. Por eso, el legislador, con muy buen criterio, no se remite en el art. 343, 1 del Código Penal español, a ningún reglamento o disposición administrativa a la hora de tipificar como delito este supuesto de hecho, dejando en manos del juez penal la decisión de cuando el hecho de vender un medicamento deteriorado o

de sustituirlo por otro constituye realmente un daño grave de la salud pública y debe ser, por tanto, sancionado penalmente. Probablemente, con la realización de la acción típica ("despachare") se ponga ya en peligro concretamente también el bien jurídico individual, la salud o la vida del usuario, pero ello no tendrá que ser objeto de prueba en el proceso, por no exigirlo el tipo penal. Tampoco creo que sea necesario, si se entiende el propio deterioro del medicamento o su sustitución por otro como una efectiva lesión y además grave del conjunto de las condiciones que aseguran el bienestar físico y psíquico de los ciudadanos en general, es decir, de lo que antes entendíamos como el bien jurídico colectivo autónomo llamado por el legislador "salud pública".

El mismo grado de "idoneidad" para lesionar la salud pública deben tener también las otras conductas relacionadas con los medicamentos que el Código Penal español castiga, y bastante gravemente por cierto (prisión menor y elevadas multas), como delitos contra la salud pública en el art. 344 ter: la alteración de la cantidad, dosis o composición de las sustancias medicinales, dándoles apariencias de verdaderas; o el tráfico ilegal con estas sustancias, a sabiendas de su alteración, son comportamientos que claramente son idóneos para producir graves daños en la salud de los ciudadanos en general, por más que no lleguen a producirlos en un caso concreto. La incidencia de estas conductas en la "eficacia terapéutica" o "curativa", como expresamente exigen los párrafos 1 y 2 del art. 344 ter, se convierten así en el verdadero contenido sustancial de estos delitos y en el fundamento de su sanción penal, y no la infracción de las disposiciones administrativas que regulan estas actividades, a las que sólo indirectamente alude el mencionado precepto, y que, en todo caso, sirven más como veremos para valorar el comportamiento que como causa de su incriminación.

La misma interpretación debe hacerse de los otros preceptos relativos a delitos contra la salud pública que recaen sobre sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos (arts. 341 y 342), aunque aquí se combina la exigencia de la nocividad del producto o su potencialidad destructora con la falta de autorización administrativa o el incumplimiento de las formalidades prescritas en los reglamentos. Ciertamente se supone que el que elabora, por ej., pesticidas o sustancias explosivas, debe tener la correspondiente autorización administrativa, por tratarse de una actividad que re-

21 En este sentido, incluso antes de la introducción de la exigencia de la imprudencia en los delitos cualificados por el resultado en el art. 1, 2 Cp., Muñoz Conde, 2a. ed., 1976, 415; y después de la reforma de 1983, 9a. ed. 481. Para más detalle Corcoy, en comentario a la STS 22 abril 1987, 344 ss.

22 Naturalmente, una interpretación sistemática obliga a exigir que en la modalidad de la sustitución de un medicamento por otro, en el art. 343 se exija también que el medicamento sustituto sea de inferior eficacia terapéutica o de nula eficacia en relación con la indicación que tenía el medicamento sustituido; véase Muñoz Conde, 9ª ed., 477.

quiere de esta autorización especial, pero el contenido material de la antijuricidad penal de estos comportamientos lo constituye su peligrosidad objetiva, provocada bien por la nocividad del producto, bien por la potencialidad destructora (nada menos que estragos debe poder causar, cfr. 554) del producto en cuestión. Normalmente, la elaboración o venta de un producto de esta clase (por ej. dinamita) sin la correspondiente autorización administrativa o incumpliendo las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, constituye ya un alto grado de peligrosidad para la salud pública, pero no automáticamente uno de los delitos previstos en los arts. 341 ó 342 del Código penal. Quizás, por eso, para evitar dudas, se introdujo en la reforma de 1989 el art. 348 bis b) 1, que en cierto modo es una repetición del art. 341, pero que exige, además de la contravención de las reglas de seguridad establecidas para la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de explosivos y sustancias similares, la puesta en peligro concreto de la vida, la integridad o la salud de las personas. Aunque no es éste el momento de plantearse la relación entre este art. 348 bis b) 1 por las mismas razones, el art. 342) no requiera algún tipo de peligrosidad objetiva para la salud pública, ya que si fuera así en nada se distinguirían de una simple infracción administrativa, con todo lo que ello comportaría en relación con los principios del Derecho penal antes citados.

Y lo mismo hay que decir respecto a los delitos que recaen sobre las bebidas, comestibles, géneros corrompidos y productos alimenticios (arts. 346 y 347), que son los que mas frecuentemente dan lugar a problemas de responsabilidad por el producto. Desde luego, ello parece evidente en el art. 346, 2, en el se castiga a "quien, con cualquier mezcla nociva a la salud, alterase las bebidas o comestibles destinados al consumo público, vendiese géneros corrompidos, o fabricare o vendiere objetos en cuya composición se hubieren incorporados sustancias o productos de forma tal que resultase su uso nocivo para la salud", haciendo caer el centro de gravedad del tipo objetivo del injusto penal en los conceptos de "mezcla nociva", "corrompidos" y "uso nocivo para la salud". Pero también en el pfo. 1 del mismo art. 346, introducido en la reforma de 1983 después de la aparición del envenenamiento masivo por el aceite de colza, en el que igualmente los consumidores, si bien relacionándola con la omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composi-

ción de los productos alimenticios, requisito éste que, en todo caso, nunca podría por sí mismo elevar la conducta del productor, distribuidor o comerciante a la categoría de delito⁽²³⁾. Y la misma interpretación hay que darles a las conductas tipificadas en el art. 347.

Todas estas consideraciones son también las que nos permiten mantener en relación con los delitos relativos al tráfico de drogas (arts. 344 ss.) un "concepto penal autónomo" de droga⁽²⁴⁾ que hace recaer el centro de gravedad en la nocividad misma del producto para la salud pública, y no exclusivamente en la inclusión de la sustancia en las listas y anexos a los convenios internacionales, por más que, salvo prueba científica en contrario, esto sea de hecho en la práctica el mejor indicativo de su nocividad. Desde luego, solo el criterio de la nocividad es el que permite explicar el distinto tratamiento penal de las materias o productos "que causen grave daño a la salud" y los "demás casos" a que alude el pfo. 1 del art. 344, como criterio básico a seguir para la graduación de la pena en estos delitos⁽²⁵⁾.

c) El grado de nocividad y la prueba del mismo

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que el verdadero contenido material de las conductas que como delitos contra la salud pública mas directamente están relacionadas con la responsabilidad por el producto lo constituye, expresa o tácitamente, el concepto de "nocividad", entendido como aptitud o idoneidad de una sustancia para provocar daños en la salud, la integridad o la vida de las personas. El ámbito de aplicación de estos delitos en la práctica vendrá, pues, determinado por la amplitud que se pueda dar a este concepto. Por supuesto, que no hay, en principio, ningún problema en considerar nocivo el producto que directamente produce el daño, lo que demuestra su nocividad en el caso concreto. Pero en este caso se plantean otra serie de problemas, fundamentalmente relacionados con la relación de causalidad y la imputación objetiva del correspondiente resultado lesivo, de los que nos ocuparemos más adelante. Ahora de lo que se trata es de ver el grado de nocividad en sí que debe tener la conducta que aún no ha producido el resultado, pero que puede producirlo.

23 En este sentido también Pérez Alvarez, 236 ss. (cfr. sin embargo, STS 20 junio 1989 antes citada en nota 15).

24 Véase Muñoz Conde, 9a. ed., 490.

25 Muñoz Conde, lug u cit., 491.

A este respecto, como ya se ha indicado, la doctrina suele manejar un criterio, también en parte acogido legalmente, que distingue los delitos de peligro en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

aa) La problemática de los delitos de peligro concreto

En estos delitos la acción típica debe haber entrado en contacto con el objeto de la acción (la vida, la salud de las personas), creando un peligro inminente de lesión de dicho objeto (el llamado "resultado de peligro")⁽²⁶⁾. Ambos requisitos deben ser, por tanto, probados en el proceso penal correspondiente.

El legislador moderno ha sido consciente de esta necesidad probatoria hasta el punto de haber elevado expresamente a la categoría de elemento típico la "puesta en peligro concreto de la vida o la integridad de las personas" en los numerosos delitos de peligro introducidos en el Código Penal en las reformas parciales habidas en los últimos diez años (arts. 340 bis

Los delitos de peligro concreto crean un peligro inminente de lesión de la vida o la salud.

d, en relación con el 340 bis a, 2 ; 348 bis a, 248 bis b, 553 bis a), demostrando con ello claramente que no es suficiente para incriminar estas conductas la constatación de la infracción administrativa o la potencialidad lesiva del bien jurídico colectivo (seguridad en el tráfico automovilístico o salud pública).

Naturalmente, ello plantea dificultades adicionales para la aplicación de estos delitos, pues nada se dice, y tampoco se puede plas-

mar legislativamente, sobre cuál debe ser el grado de probabilidad o de inminencia de producción de una lesión que debe tener la acción peligrosa para considerar como un "peligro concreto", constatación que obviamente queda supeditada a la practicada en el juicio correspondiente⁽²⁷⁾.

Sin entrar ahora en más detalles, no cabe

duda, sin embargo, de que esta exigencia es una garantía de que el Derecho Penal claramente separado de las reglamentaciones administrativas de los correspondientes ámbitos, sólo se va a ocupar, conforme al principio de intervención mínima, de ataques verdaderamente graves a bienes jurídicos verdaderamente importantes. Y, desde luego, no cabe la menor duda de que la puesta en peligro concreto de la vida o la integridad de las personas constituye uno de esos ataques.

Pero esas mismas dificultades probatorias del resultado de peligro concreto es lo que dificulta también su aplicación. Ello explica el que apenas exista jurisprudencia respecto a los delitos de peligro concreto introducidos en los arts. 348 bis a y 348 bis b, y si alguna vez hay alguna referencia a los mismos (sobre todo el 348 bis a) es en casos en los que el delito de peligro concreto se ha transformado en un delito de lesión⁽²⁸⁾. Parece obvio que a los miles de accidentes laborales que se dan en España anualmente con sus secuelas de homicidios o lesiones, generalmente por imprudencia, deben corresponder otros miles de delitos de peligro concreto contra la seguridad e higiene en el trabajo que, sin embargo, no hay constancia de que sean objeto de sanción penal. Tampoco hay noticias de que se hayan aplicado desde su introducción en 1989 los delitos de peligro concreto previstos en el art. 348 bis b. Ni siquiera en el tráfico automovilístico se aplica mucho el delito de peligro concreto previsto en el art. 340 bis a, 2 (conducción temeraria) y aún menos, por no decir nunca desde su introducción en 1989, el previsto en el art. 340 bis d (conducción temeraria con desprecio a la vida de los demás). Sólo el art. 340 bis a, 1 (conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas), que, según la doctrina y la jurisprudencia dominantes, se configura como un delito de peligro abstracto, se aplica con cierta frecuencia y aún así cada vez menos, ya que a medida que se suben los índices de alcoholemia, a partir de los cuales se estima que se da este delito, se le da mayor amplitud a la infracción administrativa.

Ello no quiere decir que seamos contrarios a la supresión del requisito del "peligro concre-

26 Véase Rodríguez Montañés, 142 ss.

27 Véase Méndez Rodríguez, 216 ss.

28 Véase supra nota 15. En relación con los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, véase los trabajos de Arroyo Zapatero y Larruscain.

to” en la configuración de los delitos de peligro, pero sí que debemos ser conscientes de la escasa incidencia que están teniendo en la praxis y reflexionar sobre las causas de esta escasa relevancia práctica.

bb) La problemática de los llamados delitos de peligro abstracto

Por las razones expuestas en el anterior epígrafe, no es extraño que se recurra cada vez más a la técnica de los llamados delitos de peligro abstracto a la hora de tipificar modernos delitos de peligro. Aquí la peligrosidad para los bienes jurídicos individuales normalmente implícita en la acción típica (*id quod plerumque accidit*) es suficiente para su punición, aunque no se demuestre su existencia en el caso concreto que se esté juzgando. Su aplicación en la práctica es, por tanto, mucho más fácil. ¿Pero qué son delitos de peligro abstracto?⁽²⁹⁾

En este grupo se incluyen, en primer lugar, aquellos delitos en los que basta la constatación de la acción típica (que ha sido tipificada por el legislador precisamente porque “normalmente” entraña peligrosidad), para que el delito se realice, se haya o no algún peligro en el caso concreto para bienes jurídicos, individuales o colectivos. Ejemplos de estos delitos en el Código Penal son la expendición ilegal de medicamentos (art. 343 bis) o las inhumaciones y exhumaciones ilegales (arts. 339 y 345), en los que la constatación de la acción típica, entendida como simple infracción administrativa, basta para que se de por probada la existencia al menos del tipo objetivo del delito en cuestión.

Pero en el Código Penal español hay también otros delitos, en los que ciertamente el legislador no exige por ej. una puesta en peligro concreto de la vida o la integridad física de las personas, pero en los que tampoco es suficiente para considerar realizado el correspondiente tipo legal con la constatación de la acción típica. Como ya hemos dicho anteriormente, los tipos penales correspondientes a este grupo exigen la “nocividad”, entendida como “idoneidad” o “aptitud” para provocar daños o

causarlos efectivamente (“estragos”, arts. 341 y 342; “graves daños a la salud”, art. 344; “privándole total o parcialmente de su eficacia terapéutica”, art. 344 ter; “uso nocivo para la salud”, art. 346, etc.). La aplicación de estos preceptos requiere, por tanto, una prueba de esa nocividad, aunque ésta se refiera a la salud pública como bien jurídico colectivo y no a la salud individual de alguien que haya entrado en contacto con el producto. Esta nocividad no debe entenderse, por tanto, como una especie de entelequia, sino como un hecho real y comprobable.

Elaborar en el desván de la casa un ácido corrosivo o dinamita; privar de eficacia terapéutica a un antibiótico, o aguar la leche destinada a niños pequeños, no son simples infracciones administrativas (que también lo son), sino hechos muy graves y peligrosos para la salud, la integridad e incluso la vida de las personas, por más que en el caso concreto no se pueda llegar a demostrar un peligro efectivo para una persona determinada.

Hay una tendencia doctrinal a considerar que los delitos de peligro en los que el legislador no menciona expresamente en el tipo la “puesta en peligro concreto de la vida o la integridad física de las personas”, son delitos de peligro abstracto. Pero, ¿se pueden considerar, por ej., tales el incendio de un edificio “sabiendo que dentro se hallaba una o más personas” (art. 548), o el de un tren de viajeros o aeronave en marcha (art. 547, 2), por el hecho de que el legislador no requiera expresamente la puesta en peligro concreto de la vida o integridad de las personas en cuestión? ¿Se puede considerar peligro abstracto la mezcla de aceites destinados al consumo humano con aceite de colza desnaturalizado destinado al uso industrial, o la venta de alcohol metílico como aguardiente, o la de polvo de ladrillo como harina aunque el tipo delictivo que sea aplicable a estos hechos no requiera la prueba de un peligro concreto?

En los delitos contra la salud pública y especialmente en aquellos que tienen que ver con el consumo (alimentos, medicamentos, etc.) también hay que exigir la peligrosidad para el bien jurídico colectivo, entendiéndola como “nocividad”, es decir, como idoneidad o posibilidad evidente de producir graves daños a la salud de las personas. Y esta peligrosidad no es un mero factor de adorno, sino un resultado derivado de la acción típica, que debe ser

29 Véase al respecto Méndez Rodríguez, 129 ss.; Rodríguez Montañés, 238 ss.; Maqueda Abreu, 486, 490: “La diferencia, pues, entre peligro abstracto y concreto es de creación legal y requiere para su determinación investigar la voluntad legislativa expresada en la norma del correspondiente tipo legal”.

demostrado en el caso concreto que vaya a ser enjuiciado, aunque no sea necesario demostrarlo en relación con la vida o la salud de una determinada persona.

Cualquiera que sea el nombre que se le de a estos delitos de peligro, su similitud con los de peligro concreto es evidente y, desde luego, su gravedad respecto a estos no tiene porqué ser menor. ¿Por qué tiene que considerarse más peligrosa la conducta del motorista que conduce alocadamente su motocicleta a gran velocidad por el lado contrario de la calzada, que la del que conduce correctamente un camión cisterna cargado con gas tóxico por el centro de una ciudad en las horas punta, o que la del que fabrica caseramente, sin precauciones de ningún tipo, material pirotécnico, o mezcla aguardiente con "matarratas" en el desván de su casa?

El Derecho Penal debe ocuparse, pues, también de estos delitos. Pero su punición tropieza con parecidas dificultades a las que vimos obstaculizan la aplicación de los delitos de peligro concreto.

Por un lado, el concepto de nocividad es eminentemente relativo y depende tanto del producto en sí mismo, como de la forma en que se use, se elabore o se distribuya⁽³⁰⁾. La prueba de la misma está, pues, supeditada a las particularidades del caso concreto. La gradación de los distintos niveles de nocividad es también importante.

Por otro lado, existe el problema, común a todos los delitos de peligro, de que en la práctica cuando el temido resultado no se produce, la intervención del Derecho Penal, teóricamente posible, no tiene lugar, convirtiéndose sus previsiones en letra muerta. Y ello se debe sobre todo a que cuando se constata una actividad peligrosa de este tipo en el ámbito de la construcción, de la elaboración o distribución de alimentos o medicamentos, en el transporte de sustancias peligrosas, etc., la intervención administrativa sancionatoria es mucho más rápida y eficaz que todas las sanciones penales juntas que, de hecho, funcionan más como hipótesis teóricas de un Derecho Penal simbólico, que

como efectivas propuestas de solución del problema⁽³¹⁾.

En todo caso, y sin perjuicio de que el Derecho Administrativo sancionatorio siga ocupando un lugar preeminente en la sanción y prevención de este tipo de conductas, no está demás que en el moderno Derecho Penal existan previsiones legales para sancionar también penalmente comportamientos verdaderamente peligrosos, tanto para la vida o la integridad física de las personas, como para el conjunto de condiciones que garantizan a esas personas en general un determinado grado de bienestar físico y psíquico. Lo que en ningún caso pueden implicar estos delitos de peligro, tipificados con una u otra técnica, es una pérdida o disminución de las garantías características del Derecho Penal del Estado de Derecho, es decir, las garantías tradicionales del Derecho Penal clásico, o, si se prefiere, del viejo Derecho Penal.

B) La responsabilidad por el producto como delito de homicidio o de lesiones

Por razones ya dichas, los delitos de peligro que, en cualquiera de sus modalidades, tienen que ver con la responsabilidad por el producto no suelen ser objeto de aplicación en la práctica. Adquieren, sin embargo, relevancia cuando los temidos y previsibles resultados lesivos para los bienes jurídicos individuales, cuya prevención se intentaba con el castigo de los delitos de peligro, se llega efectivamente a producir.

Para este caso, el art. 348 del Código Penal español preve una especial cualificación por el resultado aplicable a los delitos tipificados en los arts. 341 a 347 bis. Dice así dicho art. 348:

"Siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores resultare muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor, además de las pecuniarias establecidas en los respectivos casos".

Además de esta cualificación, criticable, como todas las cualificaciones por el resultado, por su carácter arcaizante y su contradicción con el principio de culpabilidad⁽³²⁾, existen otras posibilida-

30 Véase Muñoz Conde, 9a. ed., 476; en este sentido, Pérez Alvarez, 118 ss., quien distingue entre nocividad absoluta (la sola ingestión produce efectos negativos para todos), y relativa (la que, en determinadas circunstancias, puede producir esos efectos negativos), considerando que ambas están integradas en el Código Penal.

31 Véase lo dicho al respecto en Primera Parte: el Derecho Penal queda reducido a una función simbólica, perdiendo finalmente sus funciones reales.

32 En la medida en que, incluso exigiendo al menos culpa respecto al resultado cualificante (art. 1, 2, Código Penal), la pena resultante sigue siendo superior a la que corres-

des de sancionar la producción de un resultado, cuando respecto a éste existe, al menos, imprudencia. Aunque muchas veces estaremos, como en el caso de “la colza” y en otros similares, en los límites del dolo eventual, y aún si se admite la tesis del TS de que en los delitos cualificados por el resultado este resultado sólo se aplica si respecto al mismo se da dolo eventual, en el dolo eventual mismo⁽³³⁾; lo normal es que esos resultados sean imputables a título de imprudencia y que sean las reglas generales de la imputación imprudente las que, bien por la vía del art. 348, bien por las reglas generales del concurso de delitos, haya que analizar en el caso concreto. Ellos supone, en todo caso, la constatación de una relación de causalidad entre la conducta peligrosa y el resultado o los resultados lesivos producidos (muerte o lesiones de los consumidores), lo que, en algunos casos, como los del Contergán o el de “la colza”, es una de las cuestiones más debatidas y polémicas. En su solución se entremezclan cuestiones tanto procesales, como jurídico materiales que seguidamente vamos a ver, para pasar acto seguido a analizar las cuestiones más específicas que plantea la aplicación del art. 348.

1. La racionalidad del derecho de prueba. Prueba pericial y “libre” valoración de la prueba. Verdad material y verdad forense

En el moderno proceso penal resalta el papel cada vez más relevante de los peritos en la realización de pruebas cuya práctica exige determinados conocimientos científicos que sólo están al alcance de especialistas o profesionales versados en ellos⁽³⁴⁾.

pondería con la imputación del resultado imprudentemente producido conforme a las reglas del concurso delictivo, y la misma que si el resultado cualificante se hubiera producido dolosamente. Naturalmente, dicha objeción carecería de sentido, si, como admite el TS, la cualificación por el resultado se paliaría sólo cuando respecto al mismo se diera dolo eventual, pero en este caso el delito cualificado por el resultado carecería del sentido agravatorio que tuvo originariamente, convirtiéndose incluso en una figura de imputación atenuada frente a las reglas concursales. Sobre esta postura véase infra B 3 b bb. Sobre los delitos cualificados por el resultado, Cardenal Murillo; Díez Ripollés, 628 ss; Hormazabal Malaree, 104 ss.; también Muñoz Conde/García Arán, 270.

33 Véase infra B 3 b aa) bb)

34 Sobre la prueba pericial en el proceso penal, véase arts.

Ello determina obviamente también su influencia en la decisión del juez o tribunal que, aunque no puede permitir que los peritos le den la sentencia hecha, tampoco pueden ignorar los datos que éstos le aportan sobre las cuestiones de carácter empírico científico que se someten a su consideración.

Esto es una consecuencia inmediata de la racionalidad del derecho de prueba que liga la práctica y valoración de la misma a una metodología científica empírica, característica de la cultura de nuestro tiempo⁽³⁵⁾. Desde este punto de vista, serían tan absurdo hoy quiere decidir sobre las causas de una muerte o la gravedad de una herida en base a conjuros, rezos o invocaciones a la divinidad, como resolver la culpabilidad o inocencia de un acusado a través de “ordalías” o “juicios de Dios”. La trayectoria de una bala o el nivel de alcohol en sangre son cuestiones que sólo se pueden resolver aplicando una determinada metodología empírica universalmente admitida y con un alto grado de fiabilidad. El juez o tribunal que quisiera resolverlas de modo no científico o ignorando el parecer de los peritos en la materia, infringiría clara y gravemente las reglas de la lógica, exponiéndose, además, a que su decisión sea anulada por otro tribunal, a través del correspondiente recurso, aparte de las responsabilidades penales o disciplinarias en las que pueda incurrir⁽³⁶⁾.

Esto es también consecuencia de otro principio fundamental del moderno proceso penal: la búsqueda

El derecho de prueba liga la práctica y valoración de ésta a una metodología científica empírica.

723 a 725 LECrim., que con mayor extensión regula lo que se llama el informe pericial en la fase sumarial, arts. 456 a 485. La prueba pericial está también sometida a su libre valoración por el órgano jurisdiccional, art. 741 LECrim (cfr. infra nota 35).

35 Sobre la racionalidad del Derecho de prueba, Hassemer, Fundamentos, 179 ss. Esta racionalidad vincula de algún modo el principio de la libre valoración de la prueba consagrado en el art. 741 LECrim. (“El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados dictará sentencia dentro del término fijado por la Ley”), que de todos modos está vinculado por el art. 120, 3 de la Constitución que obliga a los Tribunales a fundamentar o motivar sus sentencias, y por el art. 24, 2 que consagra la presunción de inocencia.

36 Precisamente el delito de prevaricación judicial (arts. 351 ss. Código Penal) tiene aquí una de sus fuentes, aunque también el principal obstáculo para su persecución, cfr. García Arán, 88 ss.

de la "verdad material"⁽³⁷⁾. En esto parecen coincidir el proceso penal y las ciencias empíricas. Los datos biológicos, físicos, químicos, antropológicos, matemáticos, psicológicos, etc., son estructuras lógico-objetivas que no pueden ser ignoradas, modificadas o interpretadas por el juez arbitrariamente. El principio de la libre valoración de la prueba tiene su contrapeso en las reglas de la lógica que no pueden ser vulneradas a la hora de tomar una decisión judicial. Pero el proceso penal y las ciencias empíricas tienen fines distintos y, paradójicamente, no coinciden en el concepto de verdad. A diferencia de lo que sucede en un laboratorio, en el proceso penal están implicados directamente unos intereses humanos, pasiones encontradas, conflictos no sólo individuales, sino sociales, que hay que solucionar en un tiempo previsible.

El proceso penal tiene, pues, además de estas limitaciones temporales, otras de otra índole, inimaginables en la tarea del descubrimiento de la verdad en las ciencias empíricas. En el proceso penal la búsqueda de la verdad está limitada por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos fundamentales reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes fundamentales de todos los países de nuestra área de cultura. Principios como el de proporcionalidad o el derecho a la intimidad impiden utilizar, de un modo absoluto o relativo, técnicas de averiguación de la verdad como las torturas, el empleo de los llamados "sueros de la verdad", el detector de mentiras, la inspección corporal o determinadas intervenciones en la salud o integridad física de las personas, sin su consentimiento, las grabaciones telefónicas sin autorización judicial⁽³⁸⁾, etc. Por todo ello, la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, y desde luego se puede decir, sin temor a equivocarse, que en ningún caso es la búsqueda de la verdad a toda costa o a cualquier precio. De

todo lo cual se deduce que el verdadero objeto del proceso penal es más bien la obtención de la verdad formalizada, es decir, de la verdad obtenida con el empleo de los medios y procedimientos legalmente reconocidos. Se puede hablar así de una "verdad forense" que no siempre coincide con la verdad material de las ciencias empíricas⁽³⁹⁾. Esto en sí no es bueno, ni malo. Es inevitable. En todo caso, es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho.

Pero las limitaciones a la búsqueda de la verdad material no provienen sólo del respeto a las garantías y particularidades características del proceso penal del Estado de Derecho, sino también de las mismas limitaciones que tienen las propias ciencias empíricas para descubrir la verdad; o de las de los especialistas, peritos en las mismas. No siempre el resultado de una pericia es valorado por igual por todos los especialistas. Salvo en las "verdades tautológicas", es decir, en las verdades matemáticas puras, que se agotan en sí mismas y no admiten prueba en contrario (dos y dos son cuatro y nunca pueden ser cinco o tres), muchas verdades científicas son objeto de discusión y en absoluto son compartidas por todos los especialistas. Pensemos en una pericia psiquiátrica forense:

El psiquiatra de la acusación ve en el acusado una personalidad psicopática que puede conocer perfectamente la ilicitud de lo realizado (la violación y posterior asesinato de una menor), y controlar sus impulsos parricidas y homicidas. El psiquiatra de la defensa considera al acusado psicótico en avanzado estado de deterioro psíquico, incapaz de controlar la agresividad que despiertan en él los niños. Un tercer perito, llamado por el juez en atención a las discrepancias existentes entre el período de la acusación y el de la defensa, dice que el origen de esa agresividad se encuentra en un conflicto que el acusado tuvo en la niñez, que no ha conseguido superar después y que, de algún modo, ha degenerado en una neurosis que incide notablemente en su capacidad intelectual y volitiva. Y finalmente, un cuarto perito, especialista en neurología, recabado a su vez por la defensa, encuentra una disritmia cerebral mínima, secuela de un golpe que el acusado se dio en la cabeza al caer de un caballo en su niñez.

37 Véase Hassemer, *Fundamentos*, 182: "El sistema de racionalidad sobre el cual se fundamenta el Derecho alemán de la prueba es el de la "verdad material". El caso producido ha de ser "verdad" (y la sentencia que lo decide ha de ser "justa") y esto significa que no debe estar construido sobre datos que no existan y que no deben faltar ninguno de los que sean relevantes".

38 La jurisprudencia viene insistiendo en la imposibilidad de valorar la prueba obtenida ilícitamente, hasta límites realmente discutibles, como no valorar la escucha telefónica autorizada por el juez para un caso distinto (y más grave) que el que era objeto de la investigación, cfr. STS julio 1992.

39 En este sentido, Hassemer, *Fundamentos*, 190.

¿Cuál de estos dictámenes o informes periciales se ajusta más a la verdad material? ¿Se puede hablar realmente de verdad material en cuestiones de imputabilidad o inimputabilidad de un acusado, o es mejor hablar simplemente de criterios normativos de atribución o de técnicas para el mejor control de estas personas? Realmente, se hace difícil en estos casos hablar de “exactitud” o “inexactitud” del informe pericial, salvo que alguno de esos informes haya sido realizado de forma burda y grosera, en contra de las más elementales reglas del saber y el método científico. Pero, ¿cuándo se han observado esas reglas, cómo puede el juez o tribunal, profano en la materia objeto de la pericia, saber cuál es el informe más verdadero, fiable o creíble, y decidir en consecuencia?

El tema de la imputabilidad o inimputabilidad de un acusado en un proceso penal es, ha sido y será siempre un tema vidrioso, tanto para los peritos, como para los tribunales que tienen que valorarlo. Pero no hay que ir a este tema o a otros igualmente discutibles, como la incapacidad en el Derecho Civil, para demostrar los límites que, a veces, tienen las ciencias empíricas para establecer la verdad material. También en relación con problemas físicos, químicos o bioquímicos de carácter puramente técnico, hay resultados periciales contradictorios o, por lo menos, discutibles. Así sucedió en la determinación del problema de causalidad que hubo que resolver en el caso de la adulteración del aceite de colza, del que seguidamente nos vamos a ocupar.

2. La determinación de la causalidad en el caso de la colza

Desde que a mediados del siglo XIX el penalista alemán, Julius Glaser, formuló la teoría de la “*conditio sine qua non*” nadie duda hoy que la verificación de un nexo causal entre una acción y un resultado es el presupuesto indispensable mínimo, aunque no siempre suficiente, para exigir una responsabilidad penal por ese resultado a una persona como causante del mismo⁽⁴⁰⁾. Es esta una cuestión puramente empírica que obviamente tiene que ser resuelta con ayuda de los conocimientos que nos brindan las ciencias naturales.

Pero este es precisamente el problema que no pudo ser resuelto o, por lo menos, no pudo serlo de un modo claro y satisfactorio en el famoso proceso por la adulteración del aceite de colza al

que nos estamos refiriendo. ¿Cuál fue realmente el agente causal de esa intoxicación? ¿En qué fase de aquel gigantesco fraude de desviación del aceite desnaturalizado al consumo humano se produjo la manipulación criminal?

En el juicio se expusieron las más diversas teorías, desde las científicamente más fundadas, hasta las más peregrinas y aventuradas. Pero al final, el Tribunal, obviamente carente de los conocimientos técnicos de los peritos que intervinieron en el proceso, se inclinó por la que a su juicio era más fiable, dando, en todo caso, por probado que fue el aceite de colza desviado al consumo humano el vehículo a través del cual se produjo la intoxicación. El agente causal mismo (anilida, anilina, etc.) quedó sin identificar, pero ello no fue obstáculo para que el TS diera probada la relación de causalidad. En la STS 23 de abril de 1992 se utilizan diversas fórmulas, pero al final lo único que queda claro es que, aún sin identificar el concreto agente causal de la intoxicación, había datos probatorios suficientes, a juicio del Tribunal tanto en la instancia, como en la casación, para hacer responsables de la misma a los que, de un modo u otro, habían contribuido a la desviación del aceite de colza desnaturalizado al consumo humano, mediante su desviación al consumo humano, su manipulación química, su almacenamiento, su transporte o venta⁽⁴¹⁾. Esta es la “verdad forense; pero es también la verdad material”? Veamos los argumentos en que el Tribunal apoyó su decisión.

a) La epidemiología como método para determinar la causalidad

Como ya se ha dicho, la prueba pericial en el caso de la colza no pudo determinar cuál fue el agente causal concreto de la intoxicación. Naturalmente, la defensa de los acusados se apoyaron en este hecho para negar la responsabilidad de sus defendidos por los daños producidos. Ni química, ni toxicológica, ni bioexperimentalmente pudo probarse con claridad cuál fue el concreto agente causal. Sí quedó probado, en cambio, que todos los afectados habían consumido el aceite al que con diversas manipulaciones se había añadido el aceite de colza desnaturalizado, así como el desvío del aceite destinado a uso industrial al consumo humano.

Ante este hecho la Audiencia Nacional estableció en su sentencia⁽⁴²⁾:

41 Véase infra a)

42 Argumentos recogidos en la STS 23 abril 1992.

40 Véase Muñoz Conde/García Arán, 213.

a) la discriminación intra-familiar es claramente explicable por la diferente susceptibilidad de las personas; (efectivamente, en el seno de una misma familia de varios consumidores sólo algunos resultaron afectados, MC);

b) la experimentación toxicológica en los seres humanos viene imposibilitada por razones éticas; (nadie que se sepa se atrevió a experimentar en sí mismo o con otros seres humanos los efectos del aceite, MC);

c) son escasos los resultados válidos de la experimentación animal, pero es difícil encontrar un modelo hábil para ella; (algún perito alimentó efectivamente durante algún tiempo a un grupo de monos seleccionados, con el aceite adulterado, sin que detectara por ello ninguna anomalía en los animales, MC);

d) la relación dosis-respuesta no ha sido inversa, sino directa en determinadas facetas, aunque esa relación no es ni siquiera Ley constante en toxicología moderna;

e) las características de la exposición originada por la presencia del aceite con anilina son distintas profundamente a las exposiciones por incorporación controlada de tóxicos en los medicamentos o por el tabaco;

f) el conjunto de datos clínicos, biológicos y anatomopatológicos aparecidos no es superponible al de la intoxicación por órganos fosforados o por el Paraquat (una de las tesis más enérgicamente defendidas por algunos peritos de las defensas que argüían que la intoxicación se debía a los abonos y pesticidas que se habían utilizado en el cultivo de las hortalizas y verduras, MC)".

Es decir, la Audiencia Nacional reconoce que no se pudo demostrar el concreto agente causal, entre otras cosas por las propias limitaciones que la experimentación humana y animal tiene ("imposibilidad de identificación de la molécula de significación toxicológica y de la reproducción experimental del fenómeno"), pero constata que todos los afectados consumieron el citado aceite, aunque no todos los que lo consumieron resultaron afectados. De ahí deduce, utilizando un método epidemiológico, que tuvo que ser el aceite el agente causal de la intoxicación.

Veamos ahora lo que dice el TS al respecto en el Fundamento Jurídico Segundo de su sentencia en el caso de la colza⁽⁴³⁾:

Partiendo de que sólo estableciendo una ley causal natural se puede subsumir un hecho concreto

43 Las cuestiones sobre la causalidad se plantean en respuesta al recurso del procesado Bengoechea Calvo, el principal importador del aceite de colza desnaturalizado que luego vendió a los empresarios del sector aceitero dedicados a la venta de aceites destinados al consumo humano.

en ella, el TS plantea el problema de qué es lo que hay que hacer cuando, como sucedió en el caso de la colza, la existencia de una ley causal natural no es aceptada de una manera general por los peritos. Y tras analizar los diversos criterios mantenidos por la doctrina y la jurisprudencia, citando expresamente las resoluciones jurisprudenciales alemanas del caso contergán y del caso "Lederspray", que serán examinadas más detenidamente en la Tercera Parte, establece que una ley causal natural puede ser admitida, cuando, como sucede en el caso de la colza, puede establecerse una asociación y correlación entre el antecedente de la ingestión del aceite y las consecuencias de las muertes o las lesiones (determinación de la causalidad por una vía que podríamos llamar positiva), y sea posible descartar otras causas que hayan podido producir esas consecuencias (causalidad que podríamos llamar negativa). Una vez establecidos estos extremos, "para la determinación de una ley causal natural, al menos en el sentido del derecho penal..., no es necesario... que se haya podido conocer el mecanismo preciso de la producción del resultado (en este caso la toxina que ha producido los resultados típicos)".

En definitiva, lo decisivo para el TS es, como lo fue para la Audiencia Nacional, y como lo fue también para los Tribunales alemanes que se ocuparon de casos similares⁽⁴⁴⁾, la asociación entre el producto y los daños y la exclusión de otros factores ajenos al producto como productores de esos daños. Con ello puede dar por probada la relación de causalidad, formando su convicción subjetiva a partir de los únicos datos objetivos que el proceso ha permitido establecer.

Esta tesis había sido ya defendida por una parte de la doctrina española que planteó la posibilidad de que una ley causal general pudiera servir para dar por probada una relación de causalidad entre una acción y un resultado, aunque no se pudiera identificar la causa concreta que produjo ese resultado⁽⁴⁵⁾.

Efectivamente, un conocimiento total de las leyes causales es prácticamente imposible o sólo puede tenerse respecto a algunos procesos causales muy simples o leyes causales universales, como la ley de la gravedad. Algunos productos tienen efectos distintos, según las personas que los consuman. Los efectos negativos pueden darse, pues, en unas personas y no en otras. En el

44 Véase infra Tercer Parte, II 2.

45 Véase Torío López, 1983, 221 ss.; Gómez Benítez, 28 ss.

caso de que dentro de un grupo de consumidores se produzcan esos efectos, el producto consumido por todos aparece como el factor más sospechoso como causante de los mismos, aunque no podamos excluir otros factores o agentes causales, ya que, en última instancia, desconocemos cual fue la razón que hizo que esos efectos se produjeran en unas personas y no en otras. A la producción de un resultado contribuye una multitud de causas, unas conocidas, otras desconocidas; de lo que se trata es de saber si, a pesar del desconocimiento de alguna de las causas, se puede formular una relación de causalidad general que sea suficiente para dar probada la causalidad entre una acción y un resultado.

En principio, no veo inconveniente en aceptar esta tesis, siempre que se sea consciente de que en un proceso penal la determinación de la responsabilidad individual obliga a conectar el resultado con una determinada acción humana y que es ésta y no la relación causal la que es objeto del reproche o desaprobación penal. Es decir, una cosa es que, de acuerdo con el método científico que sea, se de por probada una relación de causalidad, y otra es que esa causalidad pueda conectarse con una determinada acción. Esta distinción es especialmente importante en los casos en los que en la elaboración, distribución y venta de un producto, se suceden varias fases en las que interviene multitud de personas que pueden, de algún modo, incidir en la configuración final del producto. Aún admitiendo y dando por probado que los efectos perjudiciales se produzcan por el consumo del producto, lo que en Derecho penal hay que probar es la acción concreta que pudo convertirlo en nocivo y la forma en que esta nocividad se produjo. Así, por ej., en el caso de la colza, pareció obvio que algunos empresarios que vendieron el aceite que habían adquirido de otras empresas dedicadas a la comercialización de aceites para el consumo humano, desconociendo que se trataba de aceite de colza, la causalidad del producto en los daños producidos no les deparara ningún tipo de responsabilidad penal. Pero, en estricta aplicación de las reglas de imputación del Derecho penal, tampoco debería haberse derivado ninguna responsabilidad penal por el resultado, aunque sí por el correspondiente delito de peligro, para los que conocían este extremo o incluso

habían realizado las mezclas, si, por ej., la causalidad concreta del producto respecto a los daños producidos se hubiera originado por su deficiente transporte o almacenamiento (porque, por ej. las cisternas de los camiones que habían sido utilizados antes para el transporte de abonos líquidos no habían sido limpiadas adecuadamente, o los depósitos en los que el aceite estuvo almacenado durante un cierto tiempo hubieran servido antes para almacenar otros productos tóxicos; algo que, sin embargo, en el caso de la colza no quedó probado).

Es decir, la causalidad del producto respecto a determinados daños, constatada en el proceso con fórmulas más o menos discutibles científicamente hablando, no significa automáticamente causalidad jurídica de todas las acciones que incidieron en la elaboración, distribución y venta del producto, y mucho menos responsabilidad penal para todos los que de algún modo tuvieron que ver con él. Por eso, las dudas y dificultades que se den en un proceso a la hora de constatar la forma concreta en la que el producto devino nocivo no pueden socavar las bases de la imputación penal, ni principios procesales tan básicos como el *in dubio pro reo*. Si no se conocen los factores concretos que convirtieron al producto, difícilmente se podrán delimitar las acciones que en relación con el mismo pueden engendrar algún tipo de responsabilidad penal⁽⁴⁶⁾.

La prueba epidemiológica puede, por tanto, servir para que el juzgador llegue a la convicción subjetiva de que fue el producto el causante de los daños, pero no para fundamentar la responsabilidad individual de todos los que tuvieron que ver con el producto. Por eso, esta prueba epidemiológica encierra el peligro de que se globalice la responsabilidad, extendiéndola a todos los que se relacionaron con el producto, en base a la relación misma y no a que efectivamente con su actuación incidieran en su nocividad concreta. Este método de determinación de la causalidad, aunque sea admisible científicamente, tiene, pues, el problema de que difumina otros

La teoría
de imputación
objetiva
y sus criterios
limitan
la causalidad
jurídica.

46 En este sentido también Hassemer, Tercera Parte, II 2, que habla de una *black-box*, una especie de caja mágica, en la que se sabe lo que entra y sale, pero no lo que ocurre dentro.

presupuestos de la imputación penal, tanto de carácter objetivo, como subjetivo, que seguidamente vamos a ver.

b) Causalidad y criterios de imputación penal

El TS tiene buen cuidado en diferenciar los planos de la causalidad y la imputación objetiva:

“La causalidad no se ve afectada por la teoría de la imputación objetiva a la que con frecuencia ha recurrido la jurisprudencia, pues los criterios que proporciona esta teoría no reemplazan, sino que limitan la causalidad jurídico penalmente relevante”⁴⁷.

Es decir, una cosa es la causalidad del producto y otra la responsabilidad penal que pueda derivarse para concretas personas que han tenido algo que ver con el mismo.

Desde luego, en el mundo turbio que había a finales de los 70 y principios de los 80 en el sector de la importación, refinado, elaboración, transporte, almacenamiento, distribución y venta de los diversos aceites destinados al consumo humano, podía pasar de todo.

Como se constata en la propia sentencia, la Administración española de los años 70, con una muy discutible política protectora de la producción nacional de aceites y grasas comestibles, exigía que el aceite de colza, que, por su bajo precio es de uso frecuente en otros países europeos en el consumo humano, no fuera destinado a la alimentación humana, sino a actividades industriales, fundamentalmente siderúrgicas. Y para asegurar este destino, ordenaba que la mercancía, cuando ingresara en territorio español, tuviera desnaturalizada sus caracteres organolépticos, para lo que se le añadía diversos productos, entre otros, la “anilina” al 2 por ciento, que al parecer determinó, por transformación en anilida, bien espontáneamente durante el almacenamiento y el transporte, bien a consecuencia de las manipulaciones y tratamientos a que era sometido el aceite de colza, la presencia del agente productor del síndrome tóxico. Por otra parte, también se constata en la sentencia que en el momento de la aparición del síndrome (mayo 1981), no era administrativamente obligatorio el determinar la presencia, en aceites comestibles, de anilinas o de anilidas en los ácidos grasos; siendo por entonces aquella modalidad de las

anilidas poco conocida en los ámbitos científicos. Tampoco había método oficial establecido para hacer aquella determinación, aunque ya era científicamente posible.

Ante esta situación, no es extraño que uno de los primeros centros de imputación de la responsabilidad fuera la propia Administración, cuya dejadez y deficiente funcionamiento en las tareas de inspección y control del mercado de los aceites determinó sin duda la aparición del síndrome tóxico. En un primer momento, sin embargo, quedaron excluidos del proceso penal los altos cargos administrativos o políticos que en aquella época tenían alguna responsabilidad o competencia en la ordenación de este mercado. Sólo en 1994, es decir trece años después de la aparición del síndrome, se ha abierto un proceso penal contra algunos de ellos, que en estos momentos se encuentra en sus inicios.

En todo caso, lo cierto y verdad es que el mercado nacional de los aceites era en aquel momento una verdadera selva, en la que los mismos empresarios que se dedicaban a la importación de aceites y grasas para uso industrial, entre otros el de colza desnaturalizado (en cantidades notoriamente superiores a las que exigía su presunto destino industrial), vendían dichos productos a empresarios que se dedicaban lo mismo a hacer jabones, que al refinado de aceites para consumo humano y su posterior venta al por mayor a otros empresarios, que procedían a su vez a mezclar estos productos con otros aceites de oliva, de semilla e incluso derivados de la grasa animal. Luego estos productos llegaban al consumo humano, unas veces etiquetados como aceite de oliva, otras sin etiquetar, a través de detallistas y pequeños comerciantes al por menor, incluso vendedores ambulantes⁴⁸.

Depurar en esta maraña de intervinientes en las distintas fases las responsabilidades penales en que hubiera podido incurrir cada uno o algunos de ellos, no es tarea fácil. La afirmación de la causalidad del producto, aceite mezclado con aceite de colza desnaturalizado, respecto a los daños producidos, facilita, sin duda, la tarea, pero no la resuelve automáticamente. De ahí que tanto las defensas, como las acusaciones, como el propio TS, tácita o expresamente, recurran a los criterios de imputación penal que, doctrinalmente, se establecen a partir de la constatación de la cau-

47 Fundamento Jurídico, p. 8866 del Repertorio de Jurisprudencia citado.

48 Todos estos datos se encuentran recogidos en los Fundamentos fácticos de la STS 23 abril 1992, p. 8827 ss. del Repertorio de Jurisprudencia citado.

salidad, es decir, a los criterios de la llamada imputación objetiva.

Contra éste proceder no hay nada que objetar, por cuanto todas las personas relacionadas con la fabricación o venta de un producto adquieren por ese hecho una posición de garantes que les obliga evitar el riesgo de que el producto pueda provocar daños en los consumidores o, en todo caso, a no incrementar ese riesgo mas allá de lo social o jurídicamente permitido⁽⁴⁹⁾. Según la teoría de la imputación objetiva, tanto la creación de un riesgo no permitido, como el incremento más allá de lo tolerable de un riesgo en sí permitido es lo que, entre otros criterios, fundamenta la imputación de un resultado, siempre claro está que quede constatada la relación de causalidad entre la acción peligrosa y el resultado dañoso producido⁽⁵⁰⁾.

Dicho esto, parece que no hay ninguna duda que los importadores del aceite de colza desnaturalizado crearon un riesgo no permitido al vender dicho aceite a empresas que se dedicaban a la venta de aceite destinado al consumo humano⁽⁵¹⁾. Estas no sólo mantuvieron ese nivel de riesgo, sino que lo incrementaron, cuando, en la confianza de que podían eliminar la anilina, sometieron el aceite de colza desnaturalizado a diversos procedimientos de refinado o lo mezclaron con otros aceites y lo destinaron al consumo humano⁽⁵²⁾.

Y, finalmente, algunos vendedores mantuvieron o incrementaron esos niveles de riesgo cuando, a sabiendas de su procedencia o constándoles las manipulaciones a que el aceite había sido sometido, lo vendieron como si fuera aceite de oliva o de semilla apto para el consumo humano, ocultando a los consumidores su verdadera naturaleza⁽⁵³⁾.

Pero entre las decenas de procesados por este turbio asunto se daban todo tipo de situaciones personales que obligan a diferenciar las diferentes cuotas de responsabilidad.

49 En este sentido Reyes Alvarado, 170.

50 Por todos, véase Muñoz Conde/García Arán, 215 ss., 264 ss.

51 Hecho que la STS 23 abril 1992 imputa sobre todo a Bengoechea, importador principal del aceite de colza desnaturalizado.

52 Conducta que según la STS 23 abril 1992 principalmente es imputable a los procesados Alabart (refinador) y Salomo (que adquiría el aceite de colza de Bengoechea y lo daba para su refinamiento a Alabart).

53 Hecho que el Tribunal Supremo en su STS 23 abril 1992 imputa fundamentalmente al procesado Ferrero López, Ramón; desconectando de esta responsabilidad, aunque no de la del delito de estafa, a otros procesados que desconocían el carácter tóxico del aceite que vendían.

También se puede argüir, por ej., desde el punto de vista de los importadores del aceite de colza desnaturalizado que ellos no tenían por qué conocer el destino al consumo humano que le iban a dar los empresarios a los que ellos vendían dicho aceite. El "principio de confianza"⁽⁵⁴⁾ podía hacerles pensar que el aceite no iba a ser destinado al consumo humano o, por lo menos, que sólo iba a serlo después de haber sido sometido a las correspondientes depuraciones de los agentes tóxicos. O, como se dice por alguno de los defensores, que la intervención de terceros "interrumpía el nexo causal" entre la acción originaria de vender el aceite de colza desnaturalizado a empresas dedicadas al abastecimiento de aceite para el consumo humano y los daños producidos.

Los empresarios que directamente destinaron el aceite de colza desnaturalizado al consumo humano argumentaron con que previamente los sometieron a los procesos de refinamiento a que sometían otros aceites y a los análisis que en aquel momento eran administrativamente obligatorios, entre los que no figuraba el análisis para detectar la presencia de anilina⁽⁵⁵⁾.

Y los que adquirieron los aceites ya refinados directamente a los empresarios que tradicionalmente sólo se dedicaban al comercio de aceites para el consumo humano, alegan que ellos no tenían por qué conocer el carácter tóxico de los productos que compraban, por más que después muchos de ellos los vendieran poniéndoles etiquetas que no se correspondían con lo que ellos

54 Sobre el "principio de confianza" en relación con este caso, véase Paredes Castañón, 341 ss. Obsérvese que este principio mas que un criterio de la imputación objetiva es un "tópico" o punto de vista genérico susceptible, junto con otros, de ser aplicado para comprobar el nivel de la diligencia debida en el caso concreto. La ambigüedad de este y de otros principios igualmente genéricos utilizados también a veces por la jurisprudencia para establecer los límites de la imprudencia (riesgo permitido, adecuación social, riesgo razonables, etc.) obliga a utilizarlos con suma cautela. Lo mismo sucede con los criterios de la imputación objetiva, aunque aquí el esfuerzo doctrinal realizado para su mejor delimitación, merced sobre todo a los trabajos de Claus Roxin, los hacen más útiles, por ej. en el ámbito del tráfico automovilístico (véase al respecto Luzón Peña, *passim*).

55 Lo que la propia STS 23 abril 1992 reconoce expresamente (p. 8828, segunda columna: "Antes del 10-6-1981 no era administrativamente obligatorio el determinar la presencia, en aceites, comestibles, de anilinas o anilidas en los ácidos grasos". Sin embargo, el que las normas administrativas vigentes en aquel momento no exigieran el análisis para la comprobación de la existencia de anilinas en los ácidos grasos, no eximía a los que sí conocían este extremo de dicha comprobación; en este sentido Paredes Castañón, 430.

creían era su verdadero contenido, vendiendo, por ej., aceites mezclados con grasas animales como si fueran de oliva⁽⁵⁶⁾, etc.

El TS, sin embargo, en respuesta a los argumentos de los importadores y empresarios que desviaron el aceite de colza desnaturalizado, aduce que “el carácter venenoso de la anilina, de conocimiento general entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites, se transmitía al de colza y a los que con él se integraban; y, llegados al consumo de boca, se originaba, en las condiciones habituales de la dieta española, un peligro efectivo y común para la salud de la población”. Es decir, para el TS lo principal es que el conocimiento del carácter tóxico del producto, conocimiento que atribuye fundadamente a los avezados empresarios del ramo, obligaba a adoptar unas medidas excepcionales de control de los peligros que su desviación al consumo humano implicaba, no bastando ni los análisis normales prescritos administrativamente, ni la confianza en que otros empresarios, refinadores,

La causalidad
no se ve
afectada
por la teoría
de la
imputación
objetiva.

almacenistas, etc., pudieran conseguir eliminar la anilina a través de procedimientos de depuración que, en todo caso, no tuvieron éxito. Y es este conocimiento de la toxicidad lo que le lleva a imputar, en primer lugar, el delito cualificado por el resultado previsto en el art. 348 y, luego, el delito de estafa. Mientras que, en cambio, castiga sólo por el delito de peligro previsto en el art. 346, en su modalidad dolosa o culposa, en eventual concurso

real con estafa, a los que ciertamente vendieron el producto, sabiendo que había sido sometido a manipulaciones o a mezclas que no se correspondían con lo que ellos decían a los consumidores, pero desconociendo, porque tampoco figuraba entre sus deberes profesionales, que estas mani-

pulaciones o mezclas tenían que ser con un producto tan tóxico como la anilina. Y en base a estas distinciones procede a ampliar la lista de los que ya resultaron condenados por la Audiencia Nacional, estimando en este sentido parcialmente los recursos de algunas acusaciones; pero siguiendo ya el camino trazado por la Audiencia, limitando la exigencia de responsabilidad penal a los directivos de las empresas implicadas, en realidad empresas familiares en las que prácticamente los acusados eran *factotums* de las mismas, sin extender dicha responsabilidad a otras personas que necesariamente tuvieron que intervenir en las distintas fases, pero cumpliendo órdenes u ocupando roles no directivos (a veces no tan secundarios, piénsese en los químicos y técnicos que daban el visto bueno a los aceites). Para esta limitación de la responsabilidad a los directivos, excluyendo a los cargos subalterno y demás empleados de la empresa cualquiera que fuera su contribución material, se parte de un concepto de “dominio funcional” o de un “acuerdo común” entre los “capitanes de las diferentes empresas”, que, aunque en la sentencia no se les trate como tal, constituían un verdadero grupo de presión que con un común objetivo controlaban un sector importante del mercado de los aceites⁽⁵⁷⁾.

En definitiva, la base en que se apoya el TS para imputar tanto los delitos de peligro, como los resultados letales o lesivos en los consumidores de los aceites mezclados con el de colza desnaturalizado, es la previa comprobación del delito de peligro tal como se regulaba en el art. 346 en la redacción vigente en 1981⁽⁵⁸⁾, tanto en su ver-

57 Aunque el carácter familiar de las empresas implicadas en el caso de la colza reducía prácticamente la responsabilidad penal a los verdaderos *factotums* de las empresas, en las que prácticamente no funcionaban Consejos de Administración, Junta de Accionistas, etc., es curioso constatar que también en este caso se utiliza, tanto en la investigación, como en las sentencias, un método de imputación plurisubjetiva que, en cierto modo, tal como dice Hassemmer en la Tercera Parte C, invierte el método tradicional. La imputación penal se dirige directamente contra los altos cargos de las empresas, pasando por alto la actuación de intermediarios (sólo el intermediario Pich es condenado como cómplice), ejecutivos, técnicos, etc., a los que se consideran meros instrumentos ejecutores sin ningún tipo de responsabilidad penal. El TS no plantea, sin embargo, una coautoría entre los distintos procesados, para lo que, si se acepta la tesis, que aquí se rechaza, de la actuación dolosa, al menos con dolo eventual, habría base. Sobre los criterios de imputación penal en el ámbito de la empresa, véase Gracia Martín, 213 ss.

58 Decía así el art. 346, antes de la reforma de 1983: “El que con cualquier mezcla nociva a la salud alterare las bebidas o comestibles destinados al consumo público, vendie-

56 Lo que, en todo caso, no excluye obviamente el delito de estafa, por el que fueron condenados la mayoría de los procesados. Sobre el aspecto económico de los fraudes a los consumidores, véase Torío López, 1991, 100 ss.; Rolán Barbero, 401 ss.; González Rus, *passim*.

tiente objetiva, como subjetiva. La primera la da obviamente por probada desde el momento en que efectivamente se produjo, con una mezcla nociva a la salud, la alteración de un producto destinado al consumo público. La segunda también, tanto más cuanto tradicionalmente sólo requiere aplicar este precepto el dolo eventual respecto al conocimiento de la nocividad de la sustancia⁽⁵⁹⁾, lo que no cuesta evidentemente mucho trabajo admitir en el caso de empresarios profesionales del sector del aceite. Pero, dejando dejando a un lado el problema de la demostración de la causalidad material entre el producto y los daños, lo que hay que plantear aquí es si, desde el punto de vista de los criterios de imputación subjetiva, es suficiente el dolo referido al delito de peligro para imputar, también subjetivamente y en qué grado, los resultados lesivos producidos.

3. ¿Delito cualificado por el resultado o aplicación de las reglas concursales generales? Dolo de peligro y dolo (eventual) de lesión

Para solventar el problema de cómo imputar el resultado de lesión que se derive de los distintos de peligro, en sus diversas versiones de delitos de peligro abstracto, concreto, abstracto-concreto, etc., no hay en el Código penal español ninguna regla general. En el propio Título V, que es donde más delitos de peligro se tipifican, hay diversos criterios que coexisten entre sí, sin que haya razones de peso que expliquen este distinto tratamiento. Así, por ej., para los delitos contra la seguridad en el tráfico tipificados en los arts. 340

bis a) y bis B) d, el art. 340 bis c), 1, dispone: "Cuando de los actos sancionados en los dos artículos anteriores se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada". Sin embargo, esta regla no es, por su propio tenor literal, evidentemente aplicable al también delito contra la seguridad en el tráfico previsto en el art. 340 bis d) (conducción temeraria "con consciente desprecio por la vida de los demás"), que por tratarse de una tentativa con dolo eventual de un delito de peligro quedaría, en principio, subsumido en el correspondiente delito contra la vida⁽⁶⁰⁾.

Para los delitos de peligro concreto tipificados en los arts. 348 bis a) y 348 bis b) parece deben regir las reglas generales del concurso de delitos, cuando el peligro se transforme en delito de lesión, aunque tampoco esta opinión es pacífica. Igualmente complicada es la cuestión para el delito de propagación maliciosa de enfermedades previsto en el art. 348 bis.⁽⁶¹⁾

Para los delitos tipificados en los arts. 341 a 347 bis, el Código penal español preve, sin embargo, una regla especial, entendida tradicionalmente como un delito cualificado por el resultado, cuando por consecuencia cualquiera de estos delitos resultare muerte (art. 348). Veamos ahora cual es el ámbito de aplicación que le asignan a este precepto la doctrina y la jurisprudencia españolas y las posibilidades que ofrece para solucionar adecuadamente los casos de la responsabilidad por el producto en los que se plantean este problema.

a) La cualificación por el resultado prevista en el art. 348

Originariamente este precepto, como otros de estructura similar existentes aún en el vigente Código penal (arts. 411, pfo. último y 488, pfo. último), respondía al viejo principio medievalista canónico del "*versari in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*", es decir, a la idea de que cuando se realiza un hecho ilícito se responde de todas las consecuencias que de él se deriven, sin mayores exigencias de participación subjetiva, dolo o culpa del sujeto que las produ-

re géneros corrompidos, fabricare o vendiere objetos cuyo uso sea nocivo a la salud, será castigado con las penas de prisión menor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas. Los géneros alterados y los objetos nocivos serán inutilizados". Tras la reforma de 1983, dice así: "El productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o reglamentos sobre caducidad o composición y pusiere en peligro la salud de los consumidores, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 75.000 a 3.000.000 de pesetas. En la misma pena incurrirá quien, con cualquier mezcla nociva a la salud, alterase las bebidas o comestibles destinados al consumo público, vendiese géneros corrompidos o fabricare o vendiere objetos en cuya composición se hubieren incorporado sustancias o productos de forma tal que resulte su uso nocivo para la salud. Si dichos actos u omisiones se realizaren por negligencia, la pena será de arresto mayor y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas". Sobre el alcance y ámbito de la reforma, véase Rodríguez Ramos, 822 ss.

59 Véase Muñoz Conde, 9a. ed., 480.

60 Véase Muñoz Conde, en Muñoz Conde/Berdugo/García Arán, 60 s.

61 Véase Muñoz Conde, 9a. ed., 483. Sobre las diversas técnicas de tipificación de la relación de delito de peligro-delito de lesión, véase Hernández Plasencia, 403 ss.

jo⁽⁶²⁾. Se consagraba así una responsabilidad puramente objetiva, muy enraizada en la idea judeocristiana del “pecado original”, según la cual la primera desobediencia a Dios de nuestros primeros padres, Adán y Eva, al comer del fruto prohibido, hacía recaer el castigo divino como una maldición no sólo sobre ellos mismos, sino sobre todos sus descendientes hasta el infinito.

La idea en sí es jurídicamente tan incompatible con nuestra sensibilidad actual, como lo son las “ordalías” y “juicios de Dios” como forma de prueba de la inocencia o culpabilidad de un acusado⁽⁶³⁾; pero ha estado tan enraizada en la cultura jurídica europea durante siglos que a duras penas ha podido ser desterrada de los actuales Códigos penales. Aún hoy encuentra acogida en los llamados “delitos cualificados por el resultado”, en los que un hecho delictivo inicial se castiga más gravemente cuando se produce un resultado más grave del que inicialmente quería el sujeto producir, aunque, conforme al principio de culpabilidad o responsabilidad subjetiva acogido hoy claramente, tras la reforma de 1983, en

La conciencia
del peligro
supone
la aceptación
de los daños
producidos.

el art. 1, 2 del Código penal, esta agravación sólo se aplicará cuando el resultado más grave se hubiere causado, al menos, por culpa⁽⁶⁴⁾.

Desde el punto de vista de una moderna dogmática de la imputación objetiva, en la que lo decisivo para la imputación de un resultado es que éste sea consecuencia e inmediata realización del peligro creado por una determinada acción, no hay, en principio, nin-

guna objeción que hacer al empleo de esta técnica legislativa, por cuanto muchas veces el hecho delictivo inicial: el aborto clandestino, la venta de alimentos adulterados o el abandono a la intemperie de un niño pequeño, son conductas objetivamente peligrosas de las que pueden derivarse resultados tales como la muerte o, al menos, graves lesiones de las víctimas de estos delitos⁽⁶⁵⁾. Una vez verificada la conexión entre la creación ilegal de una fuente de peligro y la producción de un resultado lesivo, y comprobada respecto al resultado la existencia de, al menos, culpa, no hay, pues, ningún inconveniente en aceptar esta técnica legislativa de configurar “delitos cualificados por el resultado”, allí donde parezca más necesario o conveniente⁽⁶⁶⁾. Lo único que cabría preguntarse es por qué se recurre a esta técnica legislativa, y no se deja la solución del problema al libre juego de las reglas del concurso de delitos, pues, en última instancia, este tipo de hechos da lugar a un concurso ideal de delitos entre el delito inicial, generalmente doloso, y el constituido por el resultado producido, generalmente por imprudencia⁽⁶⁷⁾. Dado que la técnica de punición de este complejo delictivo por las reglas generales de concurso de delitos no ofrece ningún problema, la única explicación que puede darse a la prevencencia de los delitos cualificados por el resultado en el Código penal vigente, es que el legislador quiere darles un tratamiento penal más severo del que resultaría aplicando las reglas generales del concurso. Y, en efecto, si comparamos las penas que resultaría de aplicar las reglas generales del concurso de delitos a un supuesto de aborto con consentimiento de la mujer, en el que se produce la muerte de ésta por imprudencia del que realiza el aborto (probablemente, la pena prisión menor en grado máximo o dos penas de prisión menor en grado mínimo, art. 69 y 71), con la pena de reclusión menor que se asigna globalmente para este hecho como delito cualificado por el resultado en el pfo. último del art. 411, vemos inmediatamente que esta solución supone una pena mucho más grave que la otra⁽⁶⁸⁾. Igual ocurre en el supuesto de un abandono de menores con resultado muerte: en este caso, el pfo. último del art. 488 obliga a imponer la pena superior en grado a la del abando-

62 Sobre la interpretación del art. 348 antes de la reforma de 1983 y la consiguiente exigencia de, al menos, culpa respecto al resultado cualificante, véase Casabó Ruiz, 115 ss.; Córdoba Roda, 675 ss. Sobre el *versari in re illicita* y su acogida en el Código penal español antes de la reforma de 1983, véase Torío López, 1976, 17 ss., Cardenal Murillo, 393 ss., quien, sin embargo, cree perfectamente aplicable el principio de culpabilidad incluso antes de la reforma de 1983.

63 Véase lo dicho respecto a la racionalidad del derecho de prueba supra B 1.

64 Sobre el alcance de la reforma de 1983 en relación con el principio de culpabilidad, Quintero Olivares/Muñoz Conde, 27 ss.

65 En este sentido Gimbernat Ordeig, 168 s.

66 En este sentido Gómez Benítez, 94 s.; en contra Díez Ripollés, 123 ss.

67 En este sentido Díez Ripollés, lug. u. cit.

68 Véase Huerta Tocildo

no, mientras que si se aplican las reglas generales del concurso la pena podría ser la del tipo básico en su grado máximo. Y mucho más claramente aún ocurre en los supuestos de delitos contra la salud pública con resultado muerte, en los que la pena de arresto mayor o prisión menor en grado máximo que podría resultar de aplicar las reglas generales del concurso, se transforma en caso de aplicación del art. 348 en reclusión menor.

De esta interpretación sistemática podemos deducir, pues, la siguiente conclusión fundamental: los delitos cualificados por el resultado existen y tienen alguna razón de ser en la medida en que con ellos el legislador ofrece, para sectores de la criminalidad que le resultan especialmente odiosos o son proclives a desembocar en resultados lesivos más graves, una respuesta penal más contundente de la que resultaría de aplicar las reglas generales del concurso de delitos. Si en el caso concreto resulta que esta agravación no se produce y el supuesto resulta más gravemente penado con la aplicación de las reglas generales del concurso, serán éstas, por evidentes razones de justicia y de seguridad jurídica, de preferente aplicación.

Lo que acabamos de afirmar repercute en la interpretación del art. 348 y en el tratamiento penal de los casos de responsabilidad por el producto en los que ésta se derive de un delito de peligro del siguiente modo:

Sólo cuando la pena resulte más grave aplicando el art. 348 será éste de preferente aplicación frente a las reglas generales del concurso. Es decir, sólo cuando se demuestre que en el caso concreto la pena de reclusión menor, más la correspondiente multa, es más grave que la que resultaría de admitir un concurso ideal (o según algunos real) entre el delito de peligro y el delito de homicidio será aplicable el art. 348. Este será el caso, cuando por ejemplo el delito de peligro da lugar a la producción de un homicidio por imprudencia, pero no cuando el homicidio sea doloso, incluso con dolo eventual, porque en este caso la pena resultante ya por aplicación del art. 407 es también la de reclusión menor, además de la que resultare por el concurso con el delito de peligro⁽⁶⁹⁾.

La aplicación del art. 348 viene además de la que por su propio tenor literal a que sólo se produzca un resultado de muerte, excluyéndose, en todo

caso, su aplicación, cuando el resultado lesivo son sólo lesiones⁽⁷⁰⁾.

De este modo quedan muy reducidas las posibilidades que el art. 348 ofrece para tratar adecuadamente en el Código penal vigente la responsabilidad por el producto, pues la mayoría de las veces los resultados son sólo lesiones o éstas y además varias muertes. Para estos supuestos, que actualmente son la mayoría, son de aplicación las reglas concursales. En realidad, el art. 348 está pensado para casos más simples en los que como consecuencia de un delito de peligro contra la salud pública, por ej. la venta de un medicamento en malas condiciones o de una dosis de droga ilegal adulterada, se produce la muerte de alguna persona. Incluso admitiendo, lo que algunos admiten⁽⁷¹⁾, que el art. 348 es también aplicable cuando se producen varias muertes por imprudencia, seguiría rigiéndose por las reglas concursales los casos en que sólo o además se producen lesiones, como por ej. sucedió en el caso de la colza.

No lo entiende así, sin embargo, la jurisprudencia, que ha procedido, a mi juicio, a una libre creación del derecho, interpretando y aplicando el art. 348 más allá de lo que su propio sentido y tenor literal permite.

b) La aplicación del art. 348 en el caso de la colza

En este sentido la STS 22 de abril 1992, continuando una tradición jurisprudencial ya iniciada antes de la reforma de 1983, considera que los delitos cualificados por el resultado aún existentes en el Código penal español (el art. 348 es uno de ellos), sólo son aplicables cuando exista respecto al resultado cualificante dolo eventual⁽⁷²⁾. Con ello las dificultades que ya veíamos se daban

69 Que, en todo caso, mantendría su autonomía punitiva respecto a la pena de multa.

70 El TS, sin embargo, al considerar que en el art. 348 se recoge un caso de dolo eventual de homicidio, admite que las lesiones son, en realidad, homicidios frustrados (cfr. STS 23 abril 1992). Generalmente, el TS procura obviar esta solución, considerando que las lesiones o el homicidio se deben a imprudencia, aplicando directamente el art. 565, cfr. por ej., STS 22 abril 1987, A.2601, y el comentario a la misma de Corcoy Bidasolo, 331 ss.

71 Cfr. por ej. Córdoba Roda, 679; Gómez Benítez, 121. En contra de esta solución Corcoy, 357 ss.; Muñoz Conde, 9a ed. 482.

72 Esta tesis surgió antes de la reforma de 1983 para atemperar de algún modo las nefastas consecuencias del *versari in re illicita* (véase, por ej., STS 17 noviembre 1970, A.4938); pero carece de sentido actualmente e incluso supone un tratamiento atenuatorio de los delitos cualificados por el resultado (véase, sin embargo, STS 28 marzo 1984, 19 octubre 1984, 30 marzo 1985 y esta de 23 abril 1992).

respecto a la prueba de la relación de causalidad, se acrecientan hasta el infinito. El dolo eventual está lleno en el terreno de las presunciones, de las atribuciones a título de dolo de lo que difícilmente tiene los requisitos conceptuales del dolo. Es una figura híbrida entre el dolo y la imprudencia, en la que los Tribunales de Justicia hacen y deshacen a su antojo al amparo de la libre apreciación de la prueba que, en este caso, al tratarse de un elemento subjetivo de difícil apreciación, se utiliza para convertir en hecho probado lo que no es más que una deducción de indicadores objetivos ambiguos y poco concluyentes⁽⁷³⁾. Es evidente que los acusados en este y en otros casos similares, tienen conciencia del peligro que encierra la manipulación alimenticia que realizan. Difícilmente se puede negar, pues, el dolo respecto al delito de peligro inicial contra la salud pública que supuso la desviación del aceite de colza desnaturalizado al consumo humano. Pero se puede decir que esta conciencia del peligro supone también la aceptación, más o menos eventual, de los graves daños que se produjeron. Y si se contesta afirmativamente a esta pregunta, se puede aplicar el art. 348 o serán otros los preceptos que vengan en aplicación.

aa) Respecto a la primera cuestión, se puede decir que mal se puede considerar que existe dolo eventual respecto a los resultados de muerte y lesiones graves con la teoría que tradicionalmente ha venido aplicando, en efecto, aunque con ciertas contradicciones, la llamada teoría de la voluntad, según la cual no basta con que el sujeto tenga conciencia de la peligrosidad de la acción que realiza, sino que es preciso además que de algún modo acepte, asuma o admita el resultado que se pueda producir a consecuencia de esa acción peligrosa⁽⁷⁴⁾. Difícilmente se puede decir esto de unos sujetos que por muy cegados que estuvieran por el lucro económico que les podía reportar su acción, eran unos profesionales del sector aceitero, con empresas importantes que podían quedar arruinadas apenas se produjeran no ya los resultados que efectivamente se produjeron, sino incluso otros mucho menores. Si conforme se exige por los partidarios de la teoría de la voluntad⁽⁷⁵⁾, estos sujetos

hubieran podido confrontarse hipotéticamente con los resultados que se produjeron, es casi seguro que hubieran dejado de actuar, aunque sólo fuera, por razones puramente egoístas, para evitar su propia ruina y las severas condenas que sus acciones les reportarían. Ciertamente, sus conductas revelan una actuación profesional poco limpia en un sector dominado por mafias, manipuladores varios, maestros de la chapuza y de las combinaciones de aceites más extrañas y peregrinas (mezclas de aceites de semilla y de oliva con derivados de grasas animales; mezclas de aceites de diversa composición y procedencia que daban lugar a productos híbridos de difícil catalogación en el mercado, de ahí que se vendieran incluso a granel o en envases sin etiquetas); pero ello les hace responsables solamente de los correspondientes delitos alimentarios, tanto en su forma de delitos de peligro contra la salud pública, como en su forma de fraudes patrimoniales a gran escala y con múltiples perjudicados, en concurso, o constituyendo eventualmente un delito cualificado por el resultado con las lesiones o muertes por imprudencia que como consecuencia de sus reprobables acciones se produjeran. La imputación a título de dolo eventual de estos resultados exige algo más.

El TS acoge, sin embargo, en la sentencia del caso de la colza una concepción del dolo eventual que elimina completamente la exigencia del elemento volitivo referido al resultado característico del concepto de dolo, tanto en su forma de dolo eventual como directo. Siguiendo una teoría muy de moda actualmente en Alemania que, de algún modo, matiza la llamada teoría de la probabilidad⁽⁷⁶⁾, considera que la admisión del dolo respecto a los resultados lesivos y letales producidos se deriva automáticamente de la asunción de los riesgos inherentes a las acciones realizadas. El conocimiento de esos riesgos es lo que fundamenta, según el TS, la imputación a título de dolo de los resultados que de ellos se derivan. Los que desviaron el aceite de colza desnaturalizado sabían que éste contenía un producto altamente tóxico, la anilina, y sólo por este hecho deben responder, según el TS, de los resultados que se produjeron, por más que

73 Sobre las dificultades de prueba de los elementos subjetivos del delito y especialmente del dolo eventual, véase Hassemmer, *Fundamentos*, 227 ss.; Díez Ripollés, 1990, 331 ss.

74 Sobre el criterio jurisprudencial, Gimbernat Ordeig, 1967 (recogido en sus *Estudios*, 3a. ed., 1990, 240 ss.).

75 Sobre las diversas teorías sobre el dolo eventual y espe-

cialmente sobre la teoría de la voluntad, véase Díaz Pita, 139 ss.

76 Véase Díaz Pita, 47 ss.

confiaran en que a través del refinamiento el aceite podía ser regenerado o desconocieran los concretos procesos causales que determinaron la producción del envenenamiento.

Parece, sin duda, excesivo deducir de ese conocimiento de la peligrosidad de la acción la existencia de dolo, siquiera eventual, respecto a los resultados producidos, si no se comprueba además la existencia de otros indicadores que en la más moderna doctrina se considera con razón deben igualmente estar presentes en el caso concreto para atribuir un resultado a dolo eventual⁽⁷⁷⁾; pero aún más criticable es que el TS no haga ningún esfuerzo por distinguir esta figura de la imprudencia consciente que indudablemente y quizás con mayor razón es la forma de imputación que más pronto acude a la mente a la hora de enfrentarse a problemas de este tipo. Así, por ej., la Audiencia Nacional, mucho más cercana, como Tribunal de instancia, a la prueba de los hechos, no tuvo ningún reparo en admitir y condenar, en consecuencia, por homicidio o lesiones por imprudencia, porque, obviamente, consideró que esa conciencia de la peligrosidad que los acusados indudablemente tuvieron que tener no era suficiente para imputarles los resultados a título de dolo. Efectivamente, un dolo de peligro no puede transformarse automáticamente en un dolo de lesión⁽⁷⁸⁾, por el hecho de que la acción peligrosa se haya transformado en un resultado lesivo. Una concepción del dolo eventual como la que mantuvo el TS en el caso de la colza está bastante más emparentada con el viejo "*versari in re illicita*" que con las más modernas teorías sobre el dolo eventual y sólo puede entenderse más por las presiones sociales que en este caso se dieron en pro de una mayor dureza en el tratamiento penal de este caso, que por profundas reflexiones dogmáticas sobre lo que es o debe ser el concepto dogmático de dolo eventual.

- bb) Todavía más criticable, aunque sea coherente con una línea jurisprudencial ya reiterada, es la aplicación del art. 348, una vez que se afirma que respecto a los diversos resultados de muerte o lesiones se da dolo eventual. Precisamente, por seguir esta tesis jurisprudencial, la Audiencia Nacional no aplicó el

art. 348, sino que se fue directamente a la aplicación del art. 565, estimando que sólo había imprudencia respecto a los resultados lesivos o letales. El TS, en cambio, al aceptar que se da sólo eventual no tiene ningún inconveniente en aplicar directamente el art. 348, bien en su forma consumada, bien en grado de frustración o tentativa.

Contra este proceder jurisprudencial ya extendido a otros delitos cualificados por el resultado, ha reaccionado la doctrina criticándolo con dureza⁽⁷⁹⁾. En primer lugar, porque contradice claramente el tenor literal del art. 1.2, que, al exigir, que en los supuestos en los que la producción de un resultado más grave determine una pena también más grave debe darse respecto a ese resultado, al menos, culpa, está dando a entender claramente que en los delitos cualificados por el resultado éste puede ser imputable a título de imprudencia y no de dolo eventual como quiere el Supremo. En segundo lugar, porque paradójicamente la apreciación del delito cualificado por el resultado en casos de dolo eventual supone un tratamiento penal menos severo del que resultaría con las reglas del concurso, lo que contradice el origen y el sentido de esta forma de imputación. En tercer lugar, porque supone una traslación del dolo de peligro al dolo de lesión, forzando una presunción de dolo eventual que muchas veces no existe, al objeto de poder aplicar la cualificación correspondiente.

Si efectivamente existiera dolo eventual en la conducta de quienes manipulan ilegalmente un producto destinado al consumo humano, lo que procede es aplicar las reglas generales del concurso de delitos entre el delito de peligro y los delitos de lesión con dolo eventual a que los resultados que se hayan producido hayan dado lugar. Es más, profundizando en esta idea, se podía llegar a admitir incluso la tesis, que algunas acusaciones mantuvieron, del asesinato, ya que en este delito, según algunos, basta el dolo eventual, y la adulteración del aceite sería una forma de envenenamiento entendido más como estragos que como envenenamiento individualizado⁽⁸⁰⁾. Pero sin excluir que hipótesis de esta clase puedan darse en algún caso, lo normal en los supues-

77 En este sentido, Díaz Pita.

78 Sobre las diferencias entre ambas clases de dolo, Rodríguez Montañés, 61 ss.

79 Así respecto al delito de aborto con resultado muerte, Suárez Montes, 224 ss.

80 En este sentido Mapelli Caffarena.

tos de responsabilidad por el producto será que la conducta peligrosa ya de por sí constitutiva de un delito de peligro, concreto o abstracto, de lugar a la producción de uno o varios resultados lesivos por imprudencia, procediendo en consecuencia la apreciación del correspondiente concurso, que puede ser incluso de leyes, si se estima, como hacen algunos, que ésta es la relación que debe existir entre los delitos de peligro y de lesión⁸¹). Lo que no se puede hacer es forzar los conceptos jurídico penales, desnaturalizando su verdadero alcance, para dar la solución que se estima más justa en el caso concreto, desoyendo principios elementales de certeza y seguridad jurídicas. El art. 348 es, sin duda, una mala solución para los problemas que depara actualmente la responsabilidad por el producto, pero precisamente por eso y en la medida que el propio artículo lo permita, debe recurrirse a las reglas generales del concurso entre delitos de peligro y delitos de lesión, siempre claro está que se prueben claramente los elementos conceptuales, de carácter objetivo y subjetivo, que requieren la aplicación de los correspondientes tipos delictivos.

II. CONCLUSIONES PROVISIONALES

El estudio de la responsabilidad por el producto en el Derecho penal español de la mano de la STS que resolvió el caso de la colza nos ha mostrado las dificultades que el Derecho penal tiene para enfrentarse con este tipo de problemas. Aunque, a diferencia de lo que ocurre con los casos tratados por los Tribunales alemanes, el caso de la colza tiene unas connotaciones penales evidentes, es necesario que reflexionemos también en España sobre las dificultades dogmáticas surgidas en su tratamiento, para así conocer mejor los puntos débiles y las limitaciones que tienen las estructuras tradicionales de la responsabilidad penal en una adecuada solución de la llamada responsabilidad por el producto. Las conclusio-

81 En este sentido, Maqueda Abreu, es quien propone diferenciar la relación según se trate de delitos de peligro abstracto o concreto. Al respecto resulta interesante mencionar el criterio seguido en el Código penal de Nueva York, que en caso de producción de muerte castiga el delito de puesta en peligro temeraria de segundo grado ("un riesgo sustancial de grave lesión física para otra persona") con menor pena que cuando la muerte se produce como consecuencia de un delito de puesta en peligro de primer grado ("indiferencia depravada hacia la vida humana") (véase sobre esta diferencia Fletcher, 147).

nes a que hemos llegado tras este estudio se pueden sintetizar del siguiente modo:

- a) Los delitos de peligro sólo en una pequeña parte pueden ser una buena solución para un adecuado tratamiento de la responsabilidad penal por el producto; por un lado, porque se les tiene que dotar de un contenido material que los distinga de las simples infracciones administrativas, y, por otro, porque en su aplicación práctica tienen que ser compatibles con las estructuras tradicionales de la responsabilidad penal.
- b) Los delitos de lesión, particularmente homicidios y lesiones por imprudencia, sólo deben aplicarse cuando efectivamente se demuestre, con los medios de prueba admisibles y disponibles en el juicio, una relación de causalidad entre el delito de peligro base o, caso que no sea delito, entre la acción peligrosa y la lesión del bien jurídico individual producida, conforme a las reglas del concurso ideal de delitos, debiéndose eliminar, en consecuencia, los delitos cualificados por el resultado.
- c) En caso de que no sea posible demostrar la relación de causalidad o el resultado lesivo no sea atribuible a dolo o imprudencia, sólo se podrá aplicar, si procede, el correspondiente delito de peligro o las correspondientes defraudaciones patrimoniales que se hayan podido dar.
- d) Sin embargo, en este último caso, podrían arbitrarse indemnizaciones de carácter civil o administrativo para las víctimas, ya que en estas vías se utilizan criterios procesales menos estrictos en la determinación de la causalidad y la consiguiente indemnización no tiene por qué estar vinculada a una condena penal por esos resultados.

Procediendo tal como se acaba de indicar en d) se evitarían muchas presiones sobre los Tribunales de Justicia Penal, que podrían así ocuparse de la cuestión penal de fondo sin tener que plantearse cuestiones de responsabilidad civil o indemnizaciones que pueden saldarse por otras vías más idóneas y menos exigentes con las reglas de determinación de la causalidad, ya que en ellas rige una responsabilidad predominantemente objetiva o por riesgos incompatibles con los presupuestos de punibilidad propios del Derecho penal del Estado de Derecho. En este sentido, no deja de ser interesante que la solución de la cuestión civil, la indemnización de las víctimas, permitió sobreseer el proceso penal en el caso alemán del

contergán, mientras que las duras condenas penales del TS español no hayan podido aún servir para indemnizar adecuadamente a las víctimas del caso de la colza, y que todavía siga coleando un proceso de exigencia de responsabilidad penal a los altos cargos administrativos de la época en que apareció el síndrome tóxico, para ver si con su condena penal, siquiera simbólica, se consigue que el Estado español, por vía de la respon-

sabilidad civil subsidiaria, pueda hacer frente a los casi doscientos mil millones de pesetas que se calculan son las indemnizaciones que aún se deben a las víctimas o a sus herederos⁽⁸²⁾.

82 Mientras tanto ha entrado en rigor una ley de julio de 1994, que regula las cuestiones civiles derivadas de la responsabilidad por el producto.