

DERECHO Y RIESGO

Prof. Dr. Luis Arroyo Zapatero

Presidente de la Societé Internationale de Defense Sociale

Revista Injuria

(Revista de Responsabilidad Civil y Seguro)

Vol. 8

Centro de Estudios del Seguro SA

Octubre - Diciembre 1995

Pp. 57 - 68

<http://www.cienciaspenales.net>

© Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Real Casa de la Misericordia - C/ Altagracia, 50

13071 – Ciudad Real (España)

Tlfno.: (+34) 926 295 234 – Fax.: (+34) 926 295 235

DERECHO Y RIESGO

Luis Arroyo Zapatero
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

I

El concepto de riesgo y la idea y la formulación del Derecho son conceptos históricos, que comienzan por no existir o, si existen, lo hacen en forma que poco tiene que ver con su actual concepción social. En el mundo antiguo el problema de los riesgos derivados de la decisión de actuar de los hombres no era un problema captado por lo jurídico, sino perteneciente al mundo de lo religioso o, más propiamente, de la adivinación. Las decisiones individuales o colectivas para actuar se sometían a un juicio de augurios que resolvía el problema de la asunción del riesgo y, por tanto, hacía culturalmente innecesario un juicio de evaluación objetiva del riesgo y, por lo tanto, de la prevención.

El pensamiento mágico no es exclusivo de la Antigüedad, aunque en ella fuere dominante, sino que pervive en sus manifestaciones hasta bien asentada la Ilustración. Hasta entonces el Providencialismo dominó frente a la idea de prevención. El encomendarse a Dios, con el alma limpia, fue principio rector de las decisiones arriesgadas de los hombres comunes y de los Reyes, hasta extremos sorprendentes para la mentalidad actual. Pueden uds. comprobarlo, por ejemplo, en la lectura del magnífico libro del hispanista inglés Elliot, sobre la España de Felipe IV y el Conde Duque de Olivares, lectura recomendable, además, pues se encuentran allí claves de interpretación de los problemas de la España del presente. El, éxito, es decir, la superación del riesgo de las empresas reales se hacía depender, más que de las fuerzas de la naturaleza o del actuar previsor del Monarca, del favor divino y de la moralidad -poco elevada, al parecer- del propio Rey.

El valor del Renacimiento estriba -más que en las manifestaciones artísticas y literarias con lo que usualmente lo identificamos- en la aparición por vez primera de una conciencia del hombre sobre sí mismo, en la que deja de ser un mero objeto de la naturaleza, cuyo destino está plenamente dominado por la naturaleza misma y la Providencia, para ser un "sujeto", protagonista de la acción social, transformador y dominador de la propia naturaleza. Galileo en el ámbito de la ciencia y la técnica y Maquiavel o en el de la política pueden contarse como los más cualificados exponentes de lo que algunos llamarían el nacimiento del "pecado de orgullo", en el que tiene su origen el hombre moderno. Sólo quien es consciente de su autonomía sobre la naturaleza está en condiciones de observar los riesgos como un problema a evitar mediante la acción previsor. Sólo una sociedad de sujetos

autónomos puede generar normas jurídicas para orientar a los hombres a afrontar los riesgos mediante pautas determinadas de comportamiento.

Sin embargo, para que el problema de los riesgos y su contemplación por el Derecho alcance categoría propia es necesario esperar a que los hombres desarrollen los conocimientos técnicos hasta el grado de intervenir en la naturaleza generando riesgos colectivos, riesgos de masas. Ese momento es el del maquinismo y la industrialización. Hasta entonces toda generación de riesgos por el actuar de los hombres, productores de daño efectivo para otros, tenía la dimensión y la consideración de actos y daños individuales, solubles en el marco jurídico romanístico del principio *neminem laedere*. La causación de daños se resolvía en un juicio de indemnización. El Derecho prohibía a los hombres causar daño a otro, y quien con su culpable actuar lo produce, debe indemnizarlo. Así abordan el problema los primeros Códigos y Legislaciones civiles desde principios del siglo XIX.

Pero el siglo XIX es el siglo de la industrialización, de la entronización de la máquina como portadora de la idea del progreso, y la industrialización comporta también una revolución en los riesgos. Del problema de los daños persona a persona se pasa al daño persona-empresario a personas-trabajadores. Y aparece el concepto de riesgo, de acción individual colectivamente arriesgada o portadora de riesgos colectivos identificada con la máquina, con la industria. Por vez primera y de modo general el hombre con sus conocimientos técnicos acumulados es capaz de dominar o, al menos, emular las fuerzas naturales, y como éstas, las máquinas son portadoras de procesos mecánicos, causales, que en su desarrollo no resultan dominables y causan daños, por encima de todo, los que se denominaron "accidentes" de trabajo.

La irrupción de la maquinaria portadora de procesos de riesgo de nuevo tipo va a producir fenómenos novedosos en el Derecho y en la cultura jurídica. En primer lugar, en los ordenamientos romanísticos, concedores del principio de responsabilidad por culpa se va a producir un intento de desvincular los daños derivados de la industrialización para la vida y salud de las personas -de los trabajadores- del ámbito de la responsabilidad por imprudencia, atribuyendo la responsabilidad de dichos daños al proceso de industrialización, liberando al empresario de la responsabilidad civil individual, configurando ideológicamente los daños laborales como "accidentes", y objetivando la responsabilidad e imputando la reparación del daño a sistemas colectivos públicos o privados de tipo aseguratorio. Nuestra Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 es paradigmática de este proceso. En los países germánicos el problema era otro. Su tradición comportaba una responsabilidad individual objetiva por daños, lo que hacía responder al empresario de todos los daños derivados de los procesos de riesgo puestos en marcha por él. Por ello, y como respuesta específica al problema de los riesgos del ferrocarril, la innovación que va a producir el Código Civil en la legislación alemana es la introducción del principio de culpabilidad en la responsabilidad por el daño, como factor de liberación de la responsabilidad por todos los daños y de limitación a los daños culpables.

En suma, los fenómenos jurídicos que se producen como consecuencia de la introducción en la vida social de ingentes y novedosos procesos de riesgo derivados de la industrialización son, por una parte, la limitación de la responsabilidad individual-empresarial al "riesgo culpable" y la socialización de los riesgos en general a través de institutos aseguratorios públicos o semi-públicos. Todo ello comporta profundas novedades en la cultura jurídica, en particular el desarrollo sistemático del concepto de delito imprudente y de las normas de cuidado que han de regir el actuar arriesgado, normas de cuidado que se elaboran fuera del Derecho penal, en lo que en España llamamos Derecho de la Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Se conocen algunos fenómenos de resistencia a este proceso: los jueces del *Common Law*, ligados a viejos principios del Derecho Romano del *neminem laedere* y sin leyes que les encauzaren en "lo moderno", condenaron a los primeros automovilistas que causaron las primeras víctimas, con el argumento de que quien es creador del riesgo para la vida debe responder exhaustivamente del uso del factor de riesgo sin daño. Seguramente ellos mismos fueron atropellados.

La consecuencia de todo lo anterior es la asimilación social del riesgo de la industrialización, su elaboración jurídico-política en un sistema normativo de seguridad y en un sistema normativo de prevención y control planificado de los riesgos derivados de los procesos técnicos, que incluye instancias técnicas, instancias político-administrativas e instancias de participación de los objetos del riesgo, que con un proceso largo, prelado por los conflictos sociales y por las respuestas políticas ha conformado los actuales sistemas de salud laboral.

Pero el riesgo para la vida y la seguridad derivado de la industrialización no fue sino el primero de los grandes procesos de riesgo que habría de insertarse en la vida cotidiana de los hombres y del Derecho de la sociedad moderna. A él se han añadido tres grandes factores de riesgo: el del tráfico automovilístico, el de la energía nuclear, y el derivado de la aplicación masiva e intensiva de la química y la biología industrial en su proyección sobre el medio ambiente. A ellos se añaden no pocos: las drogas, el Sida, los factores cancerígenos, etcétera.

Estos factores han conformado materialmente a las sociedades postindustriales como sociedades de riesgo, sociedades en las que el sometimiento al riesgo no es la excepción, sino la regla general de la vida cotidiana. Esta sociedad de riesgos plantea cuatro tipos de problemas como respuesta: a) el problema sociológico de interiorización y aceptación social del proceso de riesgo, b) el problema político del manejo de la conciencia del riesgo por parte de los ciudadanos c) el problema económico del costo de los daños y el costo de los productos y d) el problema jurídico del tratamiento normativo del control de las fuentes de riesgo y de la determinación de las consecuencias de la realización del riesgo en lesión.

a) Una buena parte de los procesos de riesgo de la vida moderna ha sido interiorizada y asumida colectivamente, en unos casos como

consecuencia de la "instalación" de sistemas complejos de prevención e indemnización, como el de los riesgos para la vida y la salud laboral; en otros, por resultar el interés individual en asumir el riesgo masivamente superior al de eliminación del mismo, como es el caso del riesgo del tráfico automovilístico. Pero hay procesos de riesgo no asumidos y rechazados total o parcialmente, con o sin conflictos significativos. Valga como ejemplo el de la energía nuclear, con sus dos elementos, el de las fuentes de energía y la correlativa cuestión de la instalación de sus plantas y el de los residuos radioactivos y sus "vertederos". Lo mismo vale para los procesos químicos y biológicos relativos al medio ambiente.

Lo que parece distinguir la conciencia social entre unos procesos y otros a la hora de asumir unos u otros riesgos es la circunstancia de que unos procesos parecen técnicamente controlables y otros no. Los procesos técnicos tradicionales aparecen como procesos dirigibles por medio de la dosificación de los recursos y, en consecuencia, interrumpibles si sus efectos no se requieren o no se desean. El ejemplo más claro es el de la energía eléctrica. Su uso es arriesgado, pero basta con interrumpir su suministro para controlar el riesgo. Lo mismo vale para una cadena de montaje. Bien al contrario, los procesos de alta tecnología, como los relativos a la energía nuclear u otros procesos químicos, aparecen como procesos que pueden sufrir perturbaciones no controlables por quien los pone en marcha y con efectos catastróficos. Y lo que es peor, se han dado manifestaciones tan catastróficas de la no controlabilidad absoluta de estos procesos de riesgo que de nada sirve lo que sirvió hasta ahora para generar resignación, para los accidentes de trabajo y otros riesgos: la añeja verdad de que nada sobre la tierra es perfecto, de que cualquier proceso puede salirse del curso previsto, pero que el progreso exige la Asunción de ese riesgo marginal.

La sociología del riesgo y del manejo social de los riesgos es un campo de futuro para la sociología y una necesidad existencial para cualquier agente económico que pretenda intervenir en la vida económica con producciones o servicios afectados por riesgos. Para ello me permito remitirles a la monografía de Niklas LUHMANN *sociología del Riesgo*, de 1991.

b) Precisamente como consecuencia de las distintas y encontradas percepciones sociales de los riesgos, el manejo de procesos de riesgo se convierte en un problema político. Los grupos sociales se dirigen a los grupos políticos en demanda de encauzamiento o de prohibición de los riesgos. La sociedad percibe riesgos en todas partes: ante una planta de energía nuclear, ante un almacén de residuos, ante los cambios climáticos, ante la instalación de un centro penitenciario, de un campo de tiro, etc. Todo ello se envuelve hoy bajo el manto protector del gran lema de nuestro tiempo: el medio ambiente.

Ante todos estos fenómenos la sociedad reacciona cada vez más enérgicamente frente a los políticos y la gran tarea de éstos es responder mediante alternativas reguladoras que, sin impedir el progreso, neutralicen riesgos graves o difíciles de controlar y las propias resistencias sociales a los

mismos. Pero esta gran tarea tiene también sus riesgos y así frente a la alternativa de la solución correcta caben otras dos: a') la rendición incondicional, de la que puede ser ejemplo la moratoria nuclear española, que renuncia a nuevas instalaciones adquiriendo a Francia la energía que allí se produce sin problemas en las plantas nucleares, y b') la adopción de medidas legislativas simbólicas, aceptando los procesos de riesgo, más o menos normativizados, pero añadiendo medidas que producen una cierta sensación de protección a la sociedad y que conducen a ésta a la Asunción de riesgo. La medida legislativa simbólica por excelencia es el recurso al Derecho Penal: se castiga con graves penas el incumplimiento del sistema normativo de seguridad frente al riesgo. Así se ha operado en toda Europa con la protección del medio ambiente.

Se dice que la medida legislativa penal es simbólica porque ofrece una protección que es más aparente que efectiva, más psicológica que práctica. Se trata en no pocos casos de una mera coartada. Pero el problema radica en que las coartadas generan también sus propios riesgos. Así, en unos casos la norma reguladora del proceso de riesgo no resulta aplicable, por incompleta o por excesiva. Por lo común, por comportar tal grado de intervención administrativa que convierte a la actividad en actividad de imposible realización. Ante lo cual, la fuerza de la vida suele llevar consigo el desprecio por el Derecho, si no es que el Derecho previamente no ha renunciado a su aplicación, por lo general al no crearse las pertinentes instancias administrativas de gestión y control. Algunas de las modernas manifestaciones legislativas del Derecho Penal tienen que ver con estas respuestas políticas del legislador ante las reacciones sociales frente a los riesgos, como veremos más adelante.

c) La consideración económica de los fenómenos de riesgo es susceptible de diversos enfoques, como, por ejemplo, los costos privados y públicos de los sistemas de seguridad, los costos del daño efectivo y su indemnización, los costos del aseguramiento de los riesgos, etc. Pero lo único que deseo mencionar aquí es un fenómeno que ha sido advertido recientemente, en particular en el ámbito de la responsabilidad civil por los productos defectuosos.

La responsabilidad civil por los productos defectuosos es un espacio de la responsabilidad por daños impulsado originariamente sobre todo en los Estados Unidos y más que por efectos legislativos, por vía de las decisiones jurisprudenciales. Pues bien, desde los años 70 se ha producido una extensión desmesurada de este tipo de responsabilidad, hasta el punto de desaparecer en la práctica el límite de la culpa del usuario del producto. Las razones de esta progresiva extensión son de tipo socio-político, inspiradas en lo que hoy conocemos como protección de los consumidores y en la pretendida hipótesis de que una exigencia de responsabilidad civil más gravosa redundaría en un incremento de las medidas de seguridad y prevención en la elaboración de los productos.

Pues bien, el catedrático de la Universidad de Yale, George L. PRIEST, en un excelente trabajo de síntesis publicado en el *Journal of*

Economic Perspectives de 1991 ha puesto de manifiesto que este proceso de progresiva extensión de la responsabilidad por el producto ha conducido, en primer lugar, a una espectacular tensión financiera en el sistema de aseguramiento, encareciendo los costos del seguro y de sus primas, en segundo lugar, a una repercusión de ese exponencial crecimiento del coste de los aseguramientos sobre los propios consumidores por vía del incremento desmedido del precio del producto, y en tercer y último lugar, todo ello no se ha plasmado en una reducción de la epidemiología de los daños. Es más, se advierte como si el sistema de sobreaseguramiento hubiese dado lugar a un fenómeno de relajamiento en la prevención y en las medidas de seguridad de la elaboración y en el uso de los productos.

En efecto, los fabricantes, ante la hipótesis de tener que responder aunque se esfuercen al máximo en la seguridad y verse obligados a asegurarse ante ello, se conforman con los umbrales de seguridad alcanzados, cuya superación resulta posiblemente más cara que el precio del aseguramiento. A su vez, los usuarios, ante la seguridad de la cobertura de los daños, relajan su propia diligencia en autoprotección. Por su parte, en los supuestos en los que el aseguramiento corresponde al usuario, como ocurre en el automóvil, cuando como consecuencia de la ampliación de la responsabilidad por daños se incrementan desmesuradamente las primas del aseguramiento, se produce un fenómeno de abandono del seguro que puede alcanzar dimensiones epidémicas, como puede estar ocurriendo entre nosotros con el seguro del automóvil, cuando se estima en un millón y medio los vehículos que circulan sin seguro alguno.

La reflexión sobre todo lo expuesto ha dado lugar recientemente en los Estados Unidos a una reforma en sentido restrictivo de la responsabilidad por el producto, de cuyo sentido estimo que ha tomado cuenta la Directiva europea (85/374/C.E.E.) de 1985 y, particularmente, la Ley española de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos de 6 de julio de 1994, que incluso restringe excesos tutelares de la Ley de protección de los consumidores de 1984 y la propia Ley del Seguro de

Con esta referencia a los efectos económicos de la moderna relación entre reparación del daño, aseguramiento del riesgo y normativa jurídica quiero poner de relieve que una regulación inadecuada tiene efectos perversos en orden a la pretendida protección jurídica frente al riesgo, lo que debe ser muy tomado en cuenta por el legislador. Aún más, estos efectos perversos de la reacción del Derecho ante el riesgo no se manifiestan sólo en la relación entre particulares, o entre empresarios y particulares, sino en la relación entre los particulares y la Administración y en las innovaciones jurídicas -legislativas y jurisprudenciales- en materia de responsabilidad de la Administración por sus acciones o por sus competencias *in vigilando*, en lo que se corre el riesgo de dirigir pretensiones indemnizatorias a la Administración con fundamento en el Estado Social que pueden poner en crisis financiera al Estado Social mismo o provocar retraimientos indeseables en el ejercicio de competencias administrativas. Como ejemplo puede servir el proceso judicial conocido como "*Colza II*", en el que se pretende hacer responder penalmente a funcionarios con la finalidad de obtener un título

indemnizatorio frente a la Administración, de dimensiones cuantitativas incalculables.

II

Abordar, en lo que sigue el último de los problemas que he señalado que se plantea en la relación entre riesgo y Derecho en la sociedad industrial: el problema jurídico del tratamiento normativo del control de las fuentes de riesgo y de la determinación de las consecuencias de la realización del riesgo en lesión, y, naturalmente, en la esfera exclusivamente penal, que es la de mi especialidad. Para lo demás valgan las referencias jurídicas anteriores.

Pretendo ofrecerles una panorámica de lo que ha supuesto para el Derecho penal el desarrollo de los riesgos derivados de la industrialización primero y de la revolución tecnológica del presente siglo. Así, podría señalar los siguientes fenómenos: a) La creación legislativa de delitos de riesgo o peligro, es decir la incriminación de conductas creadoras de riesgo, sin esperar a la producción efectiva de lesiones o muerte; b) La aparición por obra de la ley y de la interpretación de bienes jurídicos colectivos nucleados en torno a la idea de seguridad: la seguridad en el tráfico, la seguridad en el trabajo, etc. y c) La "modernización" de los presupuestos materiales y subjetivos de la responsabilidad por el hecho, superando el causalismo mecanicista mediante sistemas de atribución normativa de la responsabilidad -lo que se llama hoy imputación objetiva- y, vinculado a ello, el desarrollo dogmático jurídico de la responsabilidad por delito imprudente, de acción y omisión.

Los nuevos fenómenos operan sobre una realidad jurídica, legislativa y jurisprudencial, propia del sistema social y económico del siglo XIX, obra del liberalismo y de la industrialización, caracterizada -en lo que aquí nos interesa- por dos notas: el causalismo mecanicista en la comprensión de la naturaleza y del actuar humano y el individualismo en la concepción de los fines del Derecho Penal y, en consecuencia, de los bienes o intereses jurídicamente protegibles. Nos referiremos a todo ello al abordar cada uno de los tres fenómenos que he enunciado.

a) El liberalismo decimonónico rechazaba el castigo penal sin lesión efectiva de la vida o la integridad corporal y de los demás bienes jurídicos. La conducta humana previa al daño efectivo sólo se castigaba si venía dominada por el propósito de causar el daño, como tentativa o frustración de delito doloso. La creación imprudente del peligro de lesión solía quedar fuera del Derecho penal y del Derecho en general. Poco a poco, ante la experiencia de la gravedad de los daños que producen, entre otros, los procesos técnicos y mecánicos modernos, se hace sitio la idea de prevención de la integridad de los bienes jurídicos y la conveniencia de adelantar el momento del castigo penal, sin esperar el daño, al de la acción arriesgada, creadora de peligro, y contraria a las normas de manejo de riesgos, es decir, a las normas de cuidado y prevención.

Los primeros ejemplos de esta política son los delitos relativos a la producción y venta de medicamentos, sustancias nocivas a la salud, y alimentos, que constituyen el núcleo originario de los delitos contra la salud pública. El segundo gran impulso de la creación legislativa de delitos de peligro es consecuencia del tráfico automovilístico: los delitos contra la seguridad del tráfico, en los que se castiga el mero conducir arriesgado contrario a las normas de circulación. A partir de los años 50 esta política de incriminación de la creación antijurídica de los riesgos se amplía considerablemente, si bien tópicamente, a grupos homogéneos de casos. Sólo el Código Penal suizo llegó a incorporar un delito de creación de peligro general para la vida, a lo que se ha sumado el nuevo Código penal francés de 1993. Los demás ordenamientos avanzaron casuísticamente.

El fenómeno de los delitos de peligro dio lugar a uno de los primeros debates sobre los límites del Derecho Penal en el Estado de Derecho -al margen de las discusiones sobre el Derecho penal político- debate que coincide en parte con el de la distinción entre delito e infracción administrativa, en el cual la tesis "progresista" era la de que en el seno del Derecho penal debía quedar como máximo las conductas arriesgadas que comporten peligro concreto de lesión y no conductas cuya peligrosidad es puramente conceptual o abstracta, que debería quedar en la esfera del ilícito administrativo. La tendencia dominante ha seguido siendo en los últimos 50 años la ampliación progresiva del número de delitos de peligro. Y por esta nota se caracteriza la Reforma del Código de 1983 de la que es exponente el Delito contra la seguridad en el trabajo, del art 348 bis a., o los previstos en el artículo siguiente, 348 bis b, relativo a la fabricación, transporte o almacenamiento de sustancias inflamables, radioactivas, tóxicas, etc., tendencia que mantiene el nuevo Código Penal de 1995, si bien dentro de la línea de exigir peligro concreto y grave.

b) El proceso anterior y el debate que le sucedió ha dado lugar a un desplazamiento en las ideas y en la política legislativa: en numerosos casos de delitos de peligro no se trata tanto de incriminación anticipada de la lesión del bien jurídico, sino de la protección de bienes jurídicos nuevos y distintos a los individuales y tradicionales de la vida y la integridad corporal. Así, los delitos de conductas peligrosas en el tráfico automovilístico no son figuras destinadas prioritariamente a tutelar la vida y la integridad corporal, sino la propia seguridad del tráfico. Lo mismo debe decirse de los delitos contra la seguridad en el trabajo respecto de la integridad corporal y la vida de los trabajadores.

La configuración de estos intereses como bienes jurídicos colectivos propios y distintos de los individuales tradicionales tiene consecuencias relevantes, más allá de lo que en la tesis anterior se denominaba adelantamiento de la barrera de protección al momento anterior a la lesión o daño, p. ej., en la pena a imponer si además de la situación peligrosa contraria a la seguridad ésta se materializa en lesión. En este caso no se trata de que la pena del delito de lesión absorba y sustituya a la pena del delito de peligro, sino que ambos delitos se dan por realizados y la pena que procede

es la suma de ambas o la pena agravada propia del concurso ideal, todo lo cual conduce a una punición en no pocos casos desproporcionada.

c) El presupuesto de la atribución jurídica de un hecho a su autor ha sido siempre la existencia de un nexo causal entre su acción y el resultado de lesión del bien jurídico. Esta relación de causalidad ha reinado durante decenios como principio básico -y con tendencia autosuficiente- de la imputación penal. La afirmación de la existencia de una causalidad física o mecánica entre el hecho y el autor no sólo ligaba a uno y otro materialmente, sino que tendía a hacer ya por ello al autor responsable jurídico penalmente del mismo. Esta concepción causalista y mecanicista de las cosas caía en el campo abonado del medieval pensamiento del *versari in re illicita*.

Pero si lo insatisfactorio de este criterio de imputación se puso de relieve ya en un principio en los delitos dolosos de acción y resultado (vg.: homicidio y lesiones dolosas) en los primeros decenios del siglo el criterio hizo profunda crisis en los delitos imprudentes de resultado y, tanto en los delitos de acción como en los de omisión. Las razones de esta crisis estriban en que la regla general de imputación había nacido en una sociedad preindustrial, agrícola, libre de riesgos que no fueran los propios de la naturaleza o los propósitos malvados de otros hombres. La máquina había creado una sociedad de riesgos y la creación de procesos peligrosos pertenecía a la esencia del progreso y la puesta en marcha de cualquier riesgo no podía ser considerada el antecedente causal de cualquier daño que de él pudiera derivarse y generar así la imputación penal.

A partir de los años 30 la doctrina y la jurisprudencia penal elaboran diversos criterios para corregir los efectos perversos de la causalidad. Surgen así los institutos del riesgo permitido, de la adecuación social, de la causalidad adecuada, de la causalidad jurídica. Se trata, en definitiva, de intentos de corregir la causalidad con criterios normativos o jurídicos y restringir la intervención penal. Así hasta que a finales de los años 60 se abre paso la idea de que lo que hay que hacer no es prescindir de la causalidad natural o corregirla sino, respetándola, añadir al criterio de la causalidad otros criterios normativos de imputación, lo que se ha dado en llamar "imputación objetiva." Mi libro sobre la protección Penal de la Seguridad en el Trabajo es la primera contribución en España a resolver los problemas de la responsabilidad por homicidio y lesiones imprudentes desde este nuevo arsenal dogmático.

Sin embargo, cuando apenas comenzaba a asentarse esta concepción, diversos casos penales derivados del manejo de nuevas fuentes de riesgo de orden físico-químico y biológico han puesto en cuestión el moderno sistema argumental, precisamente por incidencia en lo que más aclarado parecía: la propia relación de causalidad natural. Veremos estos casos.

El primero de ellos es sin duda el conocido como caso de la talidomida o *contergan*. Se trataba de un producto tranquilizante para embarazadas que, comenzado su suministro a principios de los sesenta, dio

lugar en numerosos casos al nacimiento de más de diez mil niños con graves malformaciones corporales. Lo que caracterizó este proceso fue el que no hubo modo de establecer con certeza la relación causal entre el producto tranquilizante o sus componentes y el resultado lesivo de las malformaciones. El Tribunal renunció a la prueba científico-objetiva de la relación causa efecto y aceptó la certeza subjetiva de dicha relación. El caso se resolvió por otra vía: los afectados renunciaron al proceso penal por aceptar una indemnización satisfactoria.

Sin embargo, el caso de la talidomida dio lugar a un debate doctrinal y jurisprudencial que ha dado frutos contradictorios en los años ochenta, al paso de la introducción en la vida cotidiana de nuevos productos bioquímicos no controlados o no controlables. Por seguir en Alemania, el país que protagoniza el más intenso debate jurídico penal, se pueden mencionar otros dos casos: el del *Lederspray*, un producto para limpieza de artículos de piel, de 1990, y el caso del *Holzschutzmittel*, un barniz protector de la madera, del año 1992. Pero España ha dado lugar también a un caso de las mismas características, el caso de la *Colza*, producido en 1980 y resuelto por el Tribunal Supremo en 1992. Y a las puertas tenemos otro, el caso del *Ardystil* en Alicante.

Lo que caracteriza todos estos casos son las siguientes circunstancias: 1º Se trata de la puesta en circulación de productos derivados del desarrollo tecnológico bioquímico. 2º Que en contacto con los usuarios o consumidores producen en muchos de ellos, pero no en todos, resultados lesivos para la salud o la vida. 3º Que cuando se configuran y proporcionan al público se desconoce por completo su nocividad. 4º Que no resulta posible comprobar y comprender empíricamente la relación causal que liga el producto con los resultados lesivos. Se sabe, a lo sumo, que hay una relación secuencial, estadística, epidemiológica, entre el uso del producto y los resultados, pero es imposible reproducir el proceso en laboratorio. 5º A pesar de este desconocimiento de la razón científica del daño, los tribunales afirman la causalidad con criterios no causales sino descriptivos: la relación epidemiológica, en el caso de la colza, y afirman correlativamente la responsabilidad penal. 6º Los Tribunales resuelven los casos en medio de grandes convulsiones sociales: conmiseración ante los perjudicados y presión social organizada por éstos.

Pero las distorsiones no se agotan en la sustitución de la comprobación de la causalidad natural por la causalidad jurídica. Se producen también ampliaciones de otros presupuestos de la responsabilidad: en la configuración de las posiciones de garante y, por lo tanto, en el ámbito de la autoría, particularmente en el de la autoría por omisión, que se extiende críticamente aún más en los supuestos en los que la elaboración de los productos y su venta es responsabilidad de sociedades mercantiles, con una dirección colectiva y una división del trabajo considerable, responsabilidad que se dispara en los supuestos en los que la nocividad del producto se capta antes en el seno de la propia empresa que en la sociedad, y en la empresa se produce una decisión bien consistente en retirar el producto de la circulación bien, como en el caso del *Lederspray*, de mantener el producto en circulación

mientras no se produzca la constatación de que los daños son efectivamente atribuibles a algún componente del producto.

Todo lo expuesto tiene un campo abonado de aplicación en un ámbito tan general o más que el del trabajo o el del consumo: el medio ambiente y las inmisiones en el mismo.

En definitiva, lo que se advierte en las más recientes tendencias en las relaciones entre riesgos derivados de los modernos procesos tecnológicos y el Derecho penal es una crisis en los sistemas tradicionales de imputación, que da lugar a un incremento de la intervención de la represión penal que puede llegar a desbordar los límites de un Derecho Penal razonable en un Estado de Derecho. Frente a ello, la tarea no puede ser otra que la reflexión cuidadosa sobre estos fenómenos jurídicos, como es el caso de este foro que organiza MAPFRE y la Universidad de Salamanca y en el que ya como tradición se reúnen las preocupaciones por lo científico, por lo financiero, por los derechos de la persona y por el futuro de todos.

Nota bibliográfica

ESSER, J., **Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung**, Munich 1969.

LUHMANN, Niklas, **Soziologie des Risikos**, de Gruyter, Berlin, 1991, versión castellana: sociología del riesgo, Guadalajara, México, 1992.

PRIEST, G.L., **The modern expansion of tort liability: Its sources, its effects, and its reform**, en *Journal of Economic Perspectives*, 5, 1991, p. 31-50.

HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, **La responsabilidad por el producto en Derecho penal**, Tirant, Valencia 1995.

HERZOG, F., **límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales**, en *Poder Judicial* 32, p.79 y ss.

BRICOLA, F., **Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione, a proposito del caso di Seveso**, en *La Questione Criminale*, 1978, p. 101 y ss.

GARCIA RIVAS, N., **contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente**, 1995, en prensa.

ARROYO ZAPATERO, L., **La protección penal de la seguridad en el trabajo**, Madrid 1981 y **Manual de Derecho penal del trabajo**, Praxis, Barcelona 1988.