

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Catedrática de Derecho Penal. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales
de la Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

La exigibilidad del control de riesgos cuyo incumplimiento se conmine con consecuencias penales, en particular, con penas privativas de libertad, es el punto de partida de la dicotomía en la discusión dogmática penal actual, aparentemente irreconciliable. La cuestión se plantea, en última instancia, a partir de cuestiones de legitimidad de la intervención penal. En lo esencial, y al margen de situaciones intermedias, dichas posturas antagónicas se concretan, por un lado, en las tesis de quienes defienden la legitimidad de la intervención penal únicamente en la medida en que se circunscriba al ámbito propio de un derecho penal mínimo, reducido al derecho penal tradicional o *clásico* (Hassemer, 1992; Silva Sánchez, 1999): a un derecho penal nuclear (*Kernstrafrecht*). En el reverso se encuentran las tesis que aceptan la legitimidad de la intervención penal en nuevos ámbitos de actividad social, en ámbitos en los que el referente supraindividual, colectivo está en un primer plano, aceptándose la legitimidad de un derecho penal accesorio (*Nebenstrafrecht*) (Ferrajoli, 1997; Gracia Martín, 2002; Martínez Buján, 2002).

Históricamente desde fines del s. XIX y hasta el primer cuarto del s. XX, en la legislación penal alemana, junto al *StGB für das Deutsche Reich de 1871*, ha existido una extensa legislación penal accesorio. En esos momentos el concepto que se empleaba propiamente por la dogmática alemana no era el de *Nebenstrafrecht*, sino el de «leyes penales accesorias» (*strafrechtlichen Nebengesetze*), contraponiéndose así al derecho penal del Código —y a algunas otras leyes penales— consideradas como *principales*. Muy especialmente tras la Primera Guerra Mundial, reclamada la necesidad de intervención del Estado en la vida social, surge, en las legislaciones penales europeas —al hilo de la alemana—, un fenómeno de incriminación de conductas caracterizadas porque en la *conciencia de los particulares* se conciben como neutrales desde el punto de vista ético-valorativo: no existe una clara conciencia de antijuricidad social. De este modo, cuando se analiza el contenido material de las

distintas leyes penales, junto al derecho penal nuclear, surge la idea de un derecho penal accesorio conceptualizado como derecho penal administrativo desde el momento en que lo que se sanciona es la violación de reglamentaciones administrativas que tienen una cierta trascendencia en el plano económico, y así —materialmente— el concepto de «derecho penal accesorio» puede utilizarse para aludir a los delitos que, con independencia de que se ubiquen en el Código o en leyes penales especiales, van referidos a un sector de actividad en el que generalmente ya existe una previa actividad de control por parte de las autoridades administrativas.

La doctrina alemana actual, unánimemente sigue considerando el criterio formal para aludir al derecho penal accesorio. Así, se entiende por *Nebenstrafrecht* todos aquellos preceptos penales que se contienen fuera del StGB, en leyes especiales, con independencia de su contenido. Por tanto, con el actual contenido que hoy posee el derecho penal accesorio en Alemania, no puede afirmarse que se corresponda únicamente con el derecho penal económico, ni que se trate en todo caso de conductas ético-valorativamente neutras, a la par que parece justificado decir que el derecho penal accesorio materialmente alude a materias sobre las que existe una previa actuación normativa por parte de las respectivas autoridades administrativas. En suma, el concepto de derecho penal accesorio (*Nebenstrafrecht*) en sentido formal se opone al concepto de derecho penal principal (*Hauptstrafrecht*); mientras que desde un punto de vista material se contraponen al de derecho penal nuclear (*Kernstrafrecht*).

Se ha planteado la cuestión referida a si la diferencia entre el derecho penal (nuclear) y el derecho penal accesorio es de tipo cualitativo o cuantitativo: la respuesta que se dé a esta pregunta, como apunta Hassemer, no depende tan sólo de cuestiones de naturaleza sistemático-jurídica, sino que obedece también a otras de naturaleza político-jurídica. Esto evidencia que el derecho penal accesorio, en sentido material, tiene junto a una consideración de tipo histórico, otra de corte ideológico que tiene que ver con consideraciones de política-criminal relativas al bien jurídico: así, con la expresión *derecho penal accesorio*, se quiere aludir a aquellos ámbitos sobre los que se discute la legitimidad de la intervención penal.

Bajo la superficie de esta dialéctica conceptual laten otro tipo de tensiones. En efecto, el derecho penal nuclear se concibe como el derecho penal de los bienes jurídico-penales altamente personales, protegido mediante tipos configurados como delitos de lesión. Por su parte, el derecho penal accesorio empieza a tomar como referente, como *ratio* de tutela a los bienes jurídico-penales supraindividuales o colectivos, a los intereses difusos, contando, como recurso de técnica legislativa, fundamentalmente, con los delitos de peligro, así como recurriendo a la técnica de la ley penal en blanco. Es por ello que, junto a la constatación de déficits de legitimidad, también se ha criticado la merma de garantías que supone el recurso legislativo a los delitos de peligro.

2. «SOCIEDAD DEL RIESGO» Y DELITOS DE PELIGRO

Esta discusión se concreta, en la doctrina penal, en la legitimidad o ilegitimidad de la existencia de los denominados delitos de peligro que, a su vez, se debe

encuadrar en el marco de la sociedad compleja en la que nos encontramos inmersos en los albores del s. XXI, y de las consecuentes nuevas necesidades, nuevos valores y nuevos problemas de los miembros de esta sociedad que sino de como «sociedad del riesgo» al menos hay que calificarla como «sociedad compleja». En una sociedad altamente tecnificada e industrializada como es la nuestra, en la que existen una serie de relaciones de interacción interpersonales anónimas crecientes, se tienen que ir cuestionando y redefiniendo dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal. Junto a bienes altamente personales como la vida, la libertad sexual o el patrimonio, la sociedad occidental va asumiendo la necesidad de intervención penal para la prevención de «nuevos riesgos» que tienen su origen en la complejidad estructural de esta sociedad. En principio, puede afirmarse que los ciudadanos, en general, no se cuestionan la necesidad de represión penal de los riesgos de tipo atómico, químico, ecológico, genético o socioeconómico, por enumerar algunos ejemplos.

Frente a esta percepción se alzan voces, entre las que destacan las que provienen de la denominada Escuela de Frankfurt, a cuya cabeza se encuentra Hassemer, que entienden que en unas tales circunstancias el derecho penal deviene *soft law*: el derecho penal —dicen— se ha convertido en un medio de solución de conflictos que no se percibe distinto, por su aptitud y peligrosidad, de otros medios de solución de conflictos (Hassemer, 1989); de esta manera el derecho penal deviene *simbólico*. Tras estas críticas, Hassemer plantea soluciones concretas: la reducción del derecho penal a su núcleo mínimo (*Kernstrafrecht*), pero asumiendo que, en tanto que el derecho penal no puede hoy renunciar a los bienes jurídicos colectivos, debe operarse una funcionalización en atención a bienes jurídicos individuales y describirse éstos del modo más preciso posible. En definitiva, su propuesta pasa, en todo caso, por la protección de bienes jurídico-individuales de forma directa o de forma indirecta cuando se protejan los colectivos (o universales en su propia terminología), en tanto éstos deben tener siempre como referente un bien jurídico individual. De ser de otro modo el derecho penal simbólico se corresponderá con «la representación de inseguridad global en una sociedad de riesgo y tendrá una función de engaño».

Como puede apreciarse, tras las tesis de la Escuela de Frankfurt existe la negación de la autonomía de los bienes jurídico-penales supraindividuales y la ilegitimidad de la intervención penal en estos ámbitos. Por nuestra parte, en varios trabajos, se cuestionan, desde diversas perspectivas, estas tesis y se acepta la entidad axiológica de dichos intereses (Corcoy Bidasolo, 1999a). En otro orden de cosas, estas concepciones entienden que una intervención efectiva del derecho penal en el ámbito de los nuevos riesgos comporta una merma de las garantías inherentes al Estado de derecho, de tal modo que propugnan, como solución a esta dialéctica entre garantismo y eficacia, un modelo de «derecho de la intervención» que «esté situado entre el derecho penal y el derecho contravencional, entre el derecho civil y el público, y que ciertamente dispondría de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el derecho penal, pero que a cambio estaría dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos» (Hassemer, 1992). Silva Sánchez propone un derecho penal de «dos velocidades», la primera se

correspondería con el derecho penal nuclear y se mantendrían todas las garantías, mientras que en la segunda las garantías podrían relajarse y en contraprestación no estarían previstas penas privativas de libertad (Silva Sánchez, 1999).

Para resolver la cuestión del «aseguramiento del futuro con los medios del derecho penal», proponemos aquí una «tercera vía» (en la línea propuesta por Stratenwerth, 1993), sin que ello obedezca a una concepción del derecho penal puramente funcionalista, recomendando ir más allá de la protección de bienes jurídicos anclada en el pensamiento antropocéntrico, protegiendo jurídicamente «normas de conducta referidas al futuro» sin «retro-referencia a intereses individuales». La nueva dogmática penal debe ir en esta dirección y, sin olvidar los principios garantistas, servir a los intereses predominantes de la actual sociedad. Sin «retro-referencia a intereses individuales» solo implica que, desde una perspectiva de tipicidad penal, no hay una relación ni mediata —en la línea de su consideración como bienes jurídicos intermedios (Mata y Martín, 1997), ni inmediata con los bienes jurídico-penales individuales. Los bienes jurídico-penales supraindividuales son autónomos pero ello no excluye que en cuanto «intereses predominantes en la sociedad», sólo podrán ser calificados como tales, y, en consecuencia legitimada la intervención penal, aquéllos que sirvan al mejor desarrollo personal de cada uno de los individuos que la conforman.

La legitimidad de la intervención penal no debe decidirse exclusivamente a partir de los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, sino que también debe atenderse al principio de fragmentariedad, en cuanto sólo deberán castigarse las conductas especialmente graves en relación con cualquier bien jurídico-penal¹ y, en consecuencia, este análisis debe hacerse también respecto de bienes jurídico-penales individuales como pueden ser la intimidad, el honor o la propiedad. No deja de sorprender que un amplio sector de la doctrina alemana moderna defienda un «derecho penal nuclear», en el que se excluye de la intervención penal los riesgos que a los ciudadanos le parecen más graves, como son la mayoría de los mencionados como nuevos riesgos, pero sin que exista apenas discusión acerca de si cualquier hurto, por insignificante que éste sea, debe seguir recibiendo protección penal, por enunciar únicamente un ejemplo. Al respecto es necesario poner de relieve que hoy día no puede afirmarse que en la *conciencia de los particulares* estos riesgos —medio ambiente, tráfico, trabajo, consumo...— se conciben como «neutrales desde el punto de vista ético-valorativo», ni que no existe «una clara conciencia de antijuricidad social», por lo cual tengan una valoración ético-social neutra. Estas afirmaciones eran válidas en el S. XIX, en incluso en gran parte del s. XX, pero no en las últimas décadas del S. XX y menos aun en la entrada de este s. XXI. Por consiguiente, la cuestión de la legitimidad de la intervención penal debe estar sujeta a constante revisión de todas las figuras delictivas: los principios limitativos del *ius puniendi* deben operar necesariamente en la totalidad del sistema penal, ya se trate del derecho penal del homicidio, de los delitos contra intereses patrimoniales, o del derecho penal medioambiental.

1. Sobre el significado del principio de subsidiariedad y fragmentariedad, Mir Puig, 2002.

Desde esta perspectiva la denominación «delitos de peligro» sirve sólo en cuanto es un término asentado en el derecho penal y que permite, a su vez, distinguir entre delitos de peligro abstracto y concreto. Ello es así porque sólo se les puede calificar como «delitos de peligro» si se ponen en relación con otros delitos en los que el bien jurídico penal protegido es individual, es decir, se conciben como adelantamientos de la barrera protección, en terminología clásica, respecto de la vida, la salud o la propiedad. Desde la postura aquí defendida solo es aceptable el término delito de peligro desde la referencia al libre desarrollo de la personalidad pero no en atención al bien jurídico penal supraindividual protegido, respecto del cual debe probarse su lesión. La idea de que son «delitos de acumulación», por cuanto no representan un peligro relevante, en cuanto idóneos para lesionar, cuando se repiten (Silva Sánchez, 1999). Pienso que esta afirmación es discutible o, al menos, que podemos afirmar que para la destrucción del bien jurídico, excepto en el homicidio, también, en general es necesaria la repetición de conductas de esa clase. ¿Es que siempre que se lesiona a una persona, ésta pierde la salud? ¿Es que a quien le estafan, le roban... en general, pierde su patrimonio? ¿Es que a quien se le descubren determinados aspectos de su vida íntima le desaparece la intimidad?... Lo que sucede es que —repito—, excepto en el homicidio, la lesión del bien jurídico penal, tanto en los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales individuales como en aquellos en los que se protegen otros supraindividuales, su lesión no implica su destrucción sino su afectación (Corcoy Bidasolo, 1999a; Martínez-Buján Pérez, 2002).

En definitiva, en el contexto de la «sociedad del riesgo», no puede dudarse del afianzamiento de este «nuevo» derecho penal, pese a las críticas referidas. Este ámbito del derecho penal, lejos de una pretendida instrumentalización de control formal, persigue proteger la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema y a partir de ello asegurar el libre desarrollo de la personalidad. En este «nuevo» derecho penal confluyen, por consiguiente, el nuevo sistema de Estado social, con un nuevo sistema de valores, y el nuevo sistema de Estado liberal, en el contexto de la sociedad tecnológica post-industrial. Esta evolución científica, tecnológica, socioeconómica y, paralelamente, del pensamiento político, ha llevado al legislador a proteger penalmente nuevos bienes jurídicos; a la doctrina y jurisprudencia, a reinterpretar el sentido de algunos bienes jurídico-penales tradicionales, y, por último, al sistema judicial, a perseguir efectivamente y a condenar por la comisión de delitos de peligro sin esperar a que se haya producido un resultado lesivo.

Las críticas a la falta de efectividad y a la poca o nula aplicación judicial, siendo en alguna medida ciertas, no sirven para deslegitimar la intervención penal frente a estos riesgos. Ello es así por diversas razones: en primer lugar, en relación con la eficacia, porque no puede negarse que la intervención penal ha sido eficaz en ámbitos tan distintos como el tributario o el medio ambiente, lo que no excluye que pudiera serlo más y, sobre todo, mejor. Mejor porque es cierto que en estos delitos no siempre se estén castigando penalmente las conductas más graves, lo que es especialmente criticable. Sin embargo, desde una perspectiva de prevención general negativa, su eficacia es innegable por cuanto, mientras un «empresa-

rio» (abarcando con este término a los administradores, gerentes consejeros...) puede minimizar cualquier sanción, por elevada que sea, y contabilizarla como gasto y/o repercutirla en el producto, le es más difícil asumir personalmente un proceso penal, cuanto más una condena. Asimismo, tampoco puede menospreciarse su eficacia desde una perspectiva de prevención general positiva, por cuanto, su criticada naturaleza dederecho penal simbólico, sirve como reconocimiento de la importancia de los bienes protegidos. Siendo cierto que un precepto penal que sólo tiene un valor simbólico debe rechazarse (Silva Sánchez, 1992), no lo es menos que el significado simbólico es positivo cuando confluye con otras funciones, por cuanto sirve al reconocimiento social de la importancia de ese concreto bien jurídico y con ello se produce una mayor sintonía entre las valoraciones sociales y las jurídicas.

Respecto de la mayor o menor eficacia atendiendo a la nula o cuasi nula aplicación judicial no pueden olvidarse dos factores esenciales al respecto. Primero que para la aplicación judicial de un nuevo delito no es suficiente con la creación de un nuevo precepto en el Código penal, sino que son necesarios medios que permitan una investigación correcta de los hechos, en este sentido estaría la creación de Fiscalías anticorrupción o, actualmente, de Fiscalía en materia de seguridad en el trabajo. Segundo, que es necesario que los jueces conozcan, comprendan y sepan aplicar adecuadamente esos nuevos preceptos, respecto de los que se carece de una jurisprudencia consolidada. Al respecto habría que plantearse si no serían necesarios también tribunales especializados, que no es lo mismo que tribunales especiales, para conocer de determinadas materias fuertemente especializadas, como pueden ser las relativas al medio ambiente, societario, propiedad intelectual, propiedad industrial... En definitiva en la aplicación judicial o no de determinados delitos confluyen muchos aspectos y la inaplicación no deslegitima por sí misma esos delitos sino que debería obligar a analizar las causas de esa inaplicación; sólo en el caso de que se advirtiera de la ineficacia o imposibilidad absoluta de su aplicación se justificaría su desincriminación. Al respecto es llamativo que los delitos contra la seguridad en el tráfico, de larga tradición en nuestro Código penal, no hayan sido aplicados normalmente hasta épocas muy recientes y que, por ejemplo, los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo no comiencen a ser aplicadas hasta los últimos años, cuando la nueva regulación en el Código penal de 1995, es en realidad muchos más restrictiva que la prevista en el Código penal de 1973 (Corcoy Bidasolo, 2003).

Por último, pero no por ello menos importante, hay que señalar que muchos de los problemas que suscita la incriminación de nuevas conductas provienen de la técnica legislativa utilizada, es decir, no sólo los aplicadores deben de esforzarse sino que también el legislador debe crear tipos que sean suficientemente concretos, sin caer en una técnica legislativa casuística, pudiendo, o debiendo, recurrir en estos sectores de actividad —que son objeto de protección también en otros ámbitos del ordenamiento jurídico— a la técnica de la ley penal en blanco que, utilizada correctamente, puede ser la más adecuada en estos casos. El Tribunal Constitucional, por ejemplo (STC 122/1987 o STC 127/1990), pone como requisitos para la legalidad de la ley penal en blanco, que el reenvío normativo sea

expreso, la conducta calificada como delictiva suficientemente precisada y esté justificada la remisión en razón del bien jurídico protegido. Atendiendo al último requisito, «en razón del bien jurídico protegido», en los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales, respecto de conductas técnicas y con mayor complejidad, y con regulación en otros sectores del ordenamiento, está técnica legislativa aparece como la más adecuada.

3. EXIGIBILIDAD DEL CONTROL DE RIESGOS Y LÍMITES OBJETIVOS. CONCEPTO DE PELIGRO JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE

Respecto al concepto de peligro, superadas las teorías subjetivas y objetivas del peligro, se ofrece un concepto normativo para el que la perspectiva causal-naturalista supone un indicio, necesario pero no suficiente por sí mismo, para dotarlo de contenido. A efectos de imputación objetiva de un resultado de peligro o de lesión a una conducta peligrosa hay que distinguir entre la *situación de peligro* —grado de peligro normativo penalmente relevante— y *juicio de peligro*. Dicho peligro normativo se concibe como «probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal», debiendo suponer dicha probabilidad una entidad rayana en la seguridad de lesión para que se pueda aceptar la legitimidad de la incriminación de esta conducta. Por otra parte, hay que tener en cuenta, en la valoración de dicha probabilidad, otras variables como la entidad del bien jurídico-penalmente protegido, o la ponderación de la utilidad social de la actividad en cuestión. A resultas de todo ello, para calificar una conducta como peligrosa, desde una perspectiva penal, habrá que verificar la probabilidad de lesión, en el caso concreto, atendiendo a los bienes jurídico-penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación, y ello con independencia de la posibilidad de evitación de la lesión por el autor. Dicha situación de peligro opera como límite a la actuación incriminadora del legislador: la legitimidad del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto a dichos límites axiológicos, pues sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de derecho, en particular, el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del derecho penal.

La gravedad del riesgo no es el único límite normativo respecto de lo que puede calificarse como riesgo típico, por cuanto al respecto es determinante la idea de utilidad. El riesgo permitido está íntimamente relacionado con la idea de utilidad por cuanto la utilidad social es esencial a la hora de establecer una frontera entre los riesgos permitidos y los jurídico-penalmente relevantes. Ello no implica una concepción del derecho penal estrictamente utilitarista, por cuanto, la utilidad del riesgo no servirá para excluir su relevancia penal cuando ese riesgo pueda ser evitado o controlado con un coste asumible. En este sentido adquieren una especial relevancia los avances tecnológicos, por cuanto un riesgo dejará de ser permitido cuando existan medios no excepcionales para controlarlo. Es indudable que en este planteamiento subsiste un importante componente valorativo, por cuanto, será necesario decidir sobre la excepcionalidad o normalidad del medio necesario

para controlar un determinado riesgo. En este punto son de gran utilidad las normativas sectoriales de seguridad sin que ello suponga que el deber de control del riesgo, desde una perspectiva penal, sea equiparable, sin una posterior valoración, al cumplimiento o incumplimiento de una norma extra-penal (sobre la distinción entre deber de cuidado y regla técnica, Corcoy Bidasolo, 1989). Ello es así porque mientras las normas sectoriales tratan de prevenir, en abstracto, hipotéticos riesgos, la norma penal lo hace siempre en concreto, es decir, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso.

Un problema específico, en relación con la exigibilidad del control de riesgos y su consecuente configuración como riesgo permitido o, por el contrario, como riesgo típico, se suscita en relación con aquéllos derivados de la investigación. La investigación implica riesgos pero al mismo tiempo es necesaria para el avance de la sociedad. Siendo los beneficios de la investigación indiscutible, también lo son los riesgos que implica y, por consiguiente, debe ser conjuntamente, la comunidad científica, la Administración y la propia sociedad quienes establezcan los límites de aquélla (Corcoy Bidasolo, 2001). Así, por ejemplo, en el ámbito de la biotecnología, uno de los ámbitos en los que la investigación más avanza y que, al mismo tiempo, más miedos provoca, la Convención sobre Derechos Humanos y Bioética, de 4 de abril de 1997, establece en su art. 28 que los gobiernos firmantes deben de velar por que «las cuestiones fundamentales planteadas por el desarrollo de la biología y de la medicina sean debatidas públicamente y de manera adecuada, atendiendo en particular a las correspondientes aplicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas, y porque sus posibles aplicaciones sean objeto de obligada consulta». Que deben existir límites no obsta para advertir que la producción y creación científica constituye un derecho fundamental recogido en la Constitución, art. 20.1.b), y que los poderes públicos, de acuerdo con el art. 44.2. CE, deben promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

En relación con los límites objetivos a la exigencia de control de riesgos tiene, por último, una especial importancia la idea del consentimiento. Al respecto la pregunta sería: ¿existe deber de controlar un riesgo asumido por la persona que se encuentra en peligro? Y la respuesta será: cuando la conducta arriesgada es imputable a la víctima el comportamiento es atípico. No obstante, esta irrelevancia no se produce en virtud de un permiso de riesgo genérico como el que ofrece el riesgo permitido (Cancio Melia, 1998), sino en virtud de la existencia de un consentimiento válido en ese riesgo concreto. En el nivel del riesgo permitido, sólo se incluye el consentimiento cuando supone una *autopuesta* en peligro que genera una situación de conflicto entre la libertad y el peligro. La eficacia del consentimiento, como criterio restrictivo del peligro objetivo en cuanto idóneo, dentro del nivel del riesgo permitido, surge a partir del interés que fundamenta la permisión del riesgo: la voluntad de una persona de ponerse en peligro, su derecho al ejercicio de la libertad y, más en concreto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Corcoy Bidasolo, 1999b). El consentimiento sólo puede constituir riesgo permitido cuando el peligro afecta al bien jurídico —o los bienes jurídicos— de un sujeto y, éste, en ejercicio de su derecho a la libertad consiente en el peligro (Jakobs,

1991), porque sólo en ese caso el consentimiento restringe el tipo y además se suscita un conflicto de intereses que han de ser ponderados. En las actividades deportivas, junto a la valoración sobre su utilidad social, que debe de ser puesta en relación con el grado de peligro que implica cada deporte, la permisión de la actividad requiere como presupuesto el consentimiento de los participantes (Frisch, 1989).

4. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y EXIGIBILIDAD

Como venimos señalando, el peligro, en cuanto es un concepto extra-penal, es el punto de partida o indicio que debe servir para fundamentar y legitimar después la atribución de relevancia penal de un determinado riesgo. Una de las metas de nuestro trabajo es encontrar un concepto único de peligro propio del derecho penal, que trascienda su ámbito de operatividad a los tradicionales delitos de resultado de lesión (imputación objetiva, tentativa, justificación, error...). En este contexto la idea de exigibilidad es esencial ya que, en tanto en cuanto en derecho penal rige el principio de responsabilidad subjetiva, los únicos peligros que pueden llegar a ser relevantes para el derecho penal serán aquéllos que debían ser conocidos por el sujeto en cuyo ámbito de dominio se encuentren. Por ello, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por el producto no sería legítimo considerar jurídico-penalmente relevante un riesgo desconocido, atendiendo al estado de los conocimientos científicos vigentes en el momento en que se fabricó o distribuyó el producto, en sentido contrario a lo que sucede en derecho civil, donde cabe exigir responsabilidad por riesgos desconocidos. Ello explica que la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (transposición de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985), no exonere de responsabilidad al fabricante, importador o distribuidor de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, aun cuando la existencia del riesgo no fuera apreciable en el momento de la puesta en circulación en base al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en ese momento. Tenemos, por tanto, ya un importante límite subjetivo infranqueable respecto de los riesgos que pueden considerarse como jurídico-penalmente relevantes, en cuanto otra cosa supondría infringir el principio de responsabilidad subjetiva vigente en derecho penal (en este sentido, expresamente artículos 5 y 10 del Código penal).

Una vez delimitados, por abajo, qué riesgos pueden ser relevantes desde la perspectiva penal —esto es solo aquéllos cognoscibles en el momento en el que el sujeto realiza la conducta—, por tanto desde una perspectiva *ex ante*, habrá que establecer si sólo pueden ser riesgos jurídico penalmente relevantes aquéllos conocidos por el sujeto que crea el riesgo, o que tiene el deber de controlarlo, o si también pueden serlo aquéllos riesgo que no eran conocidos por el sujeto pero que, en atención a las circunstancias concurrentes *ex ante*, tenía el deber de conocer. En otras palabras si sólo son jurídico-penalmente relevantes los riesgos conocidos por el autor —dolosos— o si también pueden serlos los cognoscible —imprudentes.

Al respecto, previamente es necesario delimitar sobre qué aspectos debe recaer el conocimiento del riesgo y cuál es el grado de conocimiento exigible. Desde la perspectiva penal el nivel de conocimiento exigible no es un conocimiento científico y exacto del por qué se pueden producir unos determinados resultados lesivos, ni tan siquiera es necesario que se conozcan, o deban conocerse, qué resultados exactamente son los previsibles. El conocimiento que se requiere se enmarca en la esfera del profano, es decir, es suficiente conocer que una conducta es idónea para provocar resultados lesivos, sin que sea necesario conocer por qué se pueden producir, ni exactamente cuáles serán. Sí debe conocerse, o se tenía el deber de conocer, por el contrario, que existe una cierta probabilidad de producción de resultados lesivos y de que forma puede controlarse ese riesgo. Es decir, se debe conocer, o se debía conocer, la peligrosidad en abstracto y las medidas a adoptar, que pueden ser tanto introducir medidas de seguridad como, sencillamente, no llevar a efecto esa actividad respecto de la que no se tiene la suficiente capacidad para controlar debidamente los riesgos inherentes.

La respuesta sobre si sólo tendrán relevancia jurídico-penal los riesgos conocidos por el sujeto que los crea o que tiene el deber de controlarlos o si también deben tenerla aquéllos que no son conocidos pero que, atendiendo a las concretas circunstancias, debía conocer implica la respuesta sobre la legitimidad o no de la incriminación de conductas imprudentes en la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. La respuesta no es fácil porque, desde una perspectiva garantista y sobre todo atendiendo al principio de fragmentariedad, ésta sería negativa, es decir, sólo deberían incriminarse las conductas dolosas (Corcoy Bidasolo, 1999b), mientras que desde una perspectiva político-criminal que atiende a la eficacia y utilidad del derecho penal, así como a finalidades preventiva y de protección de bienes jurídicos, es conveniente incriminar también las imprudentes, aun cuando se limiten a los supuestos de imprudencia grave. La cuestión es especialmente compleja porque en los ámbitos en los que se producen los riesgos aquí examinados, en general, la regulación penal concurre con otra administrativa, laboral, mercantil... siendo necesaria su delimitación tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Por todo ello, en el contexto de este trabajo no es posible ni conveniente entrar en este debate respecto del que, yo misma, he ofrecido soluciones diferentes.

5. RESPONSABILIDAD PERSONAL Y DEBER DE CONTROL DEL RIESGO TÍPICO

La existencia de un riesgo, incluso de un riesgo que se haya calificado como no permitido o jurídico-penalmente relevante, no es suficiente para poder atribuir responsabilidad penal a una o varias personas. Junto al límite subjetivo, al que se hizo referencia en el apartado anterior, derivado del principio de responsabilidad subjetiva, se encuentra el límite derivado del principio de responsabilidad personal. Este límite supone que la atribución de responsabilidad penal, en concepto de autor o partícipe, requiere que persona a quien se le atribuya tuviera el dominio funcional del riesgo calificado previamente como jurídico-penalmente relevante.

Esta atribución de responsabilidad no puede fundamentarse exclusivamente en el rol que formalmente tenía esa persona sino en las competencias que materialmente había asumido.

Desde la perspectiva material que se propone para la atribución de responsabilidad penal son relevantes los aspectos subjetivos a los que nos referíamos en el apartado anterior, porque la responsabilidad penal a título doloso sólo podrá atribuirse a quién conocía los riesgos, aun cuando lo fuera en la esfera del profano al que en ese apartado hacíamos referencia, y a título imprudente sólo a quién, por su concreta situación, tenía el deber jurídico-penal de haberlos conocidos. La cuestión se traslada a la determinación de cuándo podemos decir que una persona tiene el deber de conocer unos determinados riesgos, es decir, al límite subjetivo que se planteaba en el apartado 4. La exigibilidad del conocimiento —cognoscibilidad— es, por consiguiente, un límite a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a título imprudente (Corcoy Bidasolo, 1989). En la imprudencia el deber subjetivo de cuidado —cognoscibilidad— y el deber de control, que podríamos equiparar a un deber de garante fundamentador de la autoría, en cuanto determina la competencia o dominio sobre el hecho, confluyen.

La idea de exigibilidad en la atribución de responsabilidad penal, por último, adquiere una especial importancia en relación con la posibilidad de exigir responsabilidades penales a otros partícipes distintos de quién(es), individual ó conjuntamente, tienen la competencia y dominio sobre el riesgo. En otras palabras ¿el dominio y competencia de un(os) sujeto(s) sobre el control del riesgo excluye siempre la responsabilidad de quienes tienen una competencia subordinada? ¿Ello es así también cuando quién tiene la competencia subordinada, por la situación jerárquica, tiene al mismo tiempo la competencia concreta sobre ese riesgo y por ende un mayor conocimiento sobre la naturaleza, alcance, eficacia... del riesgo? En este punto el criterio de la exigibilidad es determinante, por cuanto la respuesta a la pregunta anterior pasa por decidir cuándo una persona que, a nivel de empresa, está subordinada jerárquicamente a otra, está obligada a controlar un riesgo. En principio, un primer límite lo tendremos en la posibilidad de actuar en relación con el control de ese riesgo, es decir, en atención a la idea de evitabilidad. Pero ¿qué sucede cuando la única posibilidad de control es denunciar la situación, primero ante los superiores y luego ante los órganos administrativos o judiciales competentes? ¿Es exigible esta conducta, que puede suponer un despido?

6. IMPUTACIÓN Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Hasta aquí el juicio de peligro, en cuanto atribución de relevancia jurídico-penal a un riesgo, se concibe como un juicio aplicativo que lleva a cabo el espectador objetivo situado *ex ante*, retrotrayéndose al momento de realización de la conducta enjuiciada, y debe determinar, en todo caso, las circunstancias a tomar en consideración en el juicio sobre el peligro con criterios dogmáticos y político-criminales. Se propone en el presente trabajo diferenciar entre un «juicio objetivo de peligro» y un «juicio subjetivo de peligro»: mientras que el primero tiene validez

general respecto de un caso concreto, en el juicio subjetivo —como juicio de imputación— se deben de tomar en consideración los conocimientos personales del autor sobre la situación de peligro objeto del juicio objetivo. La principal consecuencia que se deriva de esta delimitación tiene trascendencia en el tipo subjetivo: si el conocimiento que tiene el autor sobre la peligrosidad de su conducta no coincide con el peligro objetivo idóneo, nos encontraremos ante una situación de error de tipo, a tratar conforme a los criterios generales.

Junto a ese juicio de atribución *ex ante* debe concurrir un juicio de imputación *ex post*, en este caso estrictamente objetivo, en el que se valora la lesividad de esa conducta en atención al bien jurídico-penal protegido. Ello es así porque la lesividad es el fundamento de la antijurídica material y su concurrencia no puede limitarse a los delitos de resultado, por cuanto es necesario diferenciar entre resultado material, que sólo concurre en los mencionados delitos y el resultado en sentido jurídico, lesividad, que debe concurrir siempre y que se concibe como afectación *ex post* del bien jurídico-penal protegido, ya sea individual o supraindividual. En otras palabras que *ex post* se deberá probar que esa conducta efectivamente, en ese caso concreto, atendiendo no sólo a las circunstancias conocidas *ex ante* sino también a las que se conocieron *ex post*, ha afectado el bien jurídico. El concepto «afectar» abarca la referencia tradicional tanto a la «lesión» como a la «puesta en peligro».

BIBLIOGRAFÍA

- CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Barcelona: ed. Bosch, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, M. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: ed. PPU, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: ed. Tirant lo Blanc, 1999 a.
- CORCOY BIDASOLO, M. «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico». *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos* [libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López]. Granada: ed. Comares, 1999 b.
- CORCOY BIDASOLO, M. «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas». *El Nuevo Derecho Penal Español* [Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz]. Pamplona: ed. Aranzadi, 2001.
- CORCOY BIDASOLO, M. «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores». *Derecho Penal Económico* (Dir. Conde-Pumpido Toutón). Consejo General del Poder Judicial (en prensa).
- FERRAJOLI, *Derecho y razón*. 2ª ed. Madrid: ed. Trotta, 1997.
- FRISCH, *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heildelberg, 1989.

- GRACIA MARTÍN, «¿Qué es la modernización del Derecho Penal?». *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo* [libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir]. Madrid: ed. Tecnos, 2002.
- HASSEMER, «*Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*», NStZ 1989.
- HASSEMER, «*Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*», ADPCP 1992.
- JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlín, 1991.
- MARTÍNEZ BUJÁN, «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídicos penales (especial referencia al ámbito económico)». *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo* [libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir]. Madrid: ed. Tecnos, 2002.
- MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: ed. Comares, 1997
- MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1954.
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. 6ª ed. Barcelona: ed. Reppertor, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: ed. Bosch, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: ed. Civitas, 1999.
- STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*, ZStW (105) 1993.