

MIRENXXU CORCOY BIDASOLO

Catedràtica de dret penal. Departament de Dret Penal i Ciències Penals
de la Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ

L'exigibilitat del control de riscos l'incompliment dels quals es communi amb conseqüències penals, en particular amb penes privatives de llibertat, és el punt de partida de la dicotomia en la discussió dogmàtica penal actual, aparentment irreconciliable. La qüestió es planteja, en última instància, a partir de qüestions de legitimitat de la intervenció penal. Essencialment, i al marge de situacions intermèdies, aquestes postures antagòniques es concreten, d'una banda, en les tesis dels qui defensen la legitimitat de la intervenció penal únicament en la mesura que se circumscriu a l'àmbit propi d'un dret penal mínim, reduït al dret penal tradicional o clàssic (Hassemer, 1992; Silva Sánchez, 1999): a un dret penal nuclear (*Kernstrafrecht*). Al revés, es troben les tesis que accepten la legitimitat de la intervenció penal en nous àmbits d'activitat social, en àmbits en els quals el referent supraindividual, col·lectiu, està en un primer pla, i s'accepta la legitimitat d'un dret penal accessori (*Nebenstrafrecht*) (Ferrajoli, 1997; Gracia Martín, 2002; Martínez Buján, 2002).

Històricament, des de finals del s. xix i fins al primer quart del s. xx, en la legislació penal alemanya, al costat del *StGB für das Deutsche Reich de 1871*, ha existit una extensa legislació penal accessòria. Aleshores, el concepte que emprava pròpiament la dogmàtica alemanya no era el de *Nebenstrafrecht*, sinó el de «lleis penals accessòries» (*strafrechtlichen Nebengesetze*), que es contraposava al dret penal del Codi —i a algunes altres lleis penals— considerades *principals*. Molt especialment després de la Primera Guerra Mundial —reclamada la necessitat d'intervenció de l'Estat en la vida social—, sorgeix en les legislacions penals europees —al fil de l'alemanya— un fenomen d'incriminació de conductes caracteritzades perquè en la *consciència dels particulars* es conceben com a neutrals des del punt de vista eticovaloratiu: no hi ha una clara consciència d'antijuridicitat social. D'aquesta manera, quan s'analiza el contingut material de les distintes lleis

penals, al costat del dret penal nuclear sorgeix la idea d'un dret penal accessori conceptualitzat com a dret penal administratiu des del moment en què allò que se sanciona és la violació de reglamentacions administratives que tenen una certa transcendència en el pla econòmic i, així, —materialment— el concepte de «dret penal accessori» pot utilitzar-se per referir-se als delictes que, amb independència que se situïn en el Codi o en lleis penals especials, tenen a veure amb un sector d'activitat en el qual generalment ja existeix una activitat prèvia de control per part de les autoritats administratives.

La doctrina alemanya actual, continua considerant unànimement el criteri formal per al·ludir al dret penal accessori. Així, s'entén per *Nebenstrafrecht* tots aquells preceptes penals que es contenen fora del StGB, en lleis especials, amb independència del seu contingut. Per tant, amb el contingut que té actualment el dret penal accessori a Alemanya, no pot afirmar-se que es correspongui únicament amb el dret penal econòmic, ni que es tracti en tot cas de conductes eticovalorativament neutres, alhora que sembla justificat dir que el dret penal accessori materialment es refereix a matèries sobre les quals hi ha una actuació normativa prèvia per part de les respectives autoritats administratives. En suma, el concepte de dret penal accessori (*Nebenstrafrecht*) en sentit formal s'oposa al de dret penal principal (*Hauptstrafrecht*); mentre que des d'un punt de vista material es contraposa al de dret penal nuclear (*Kernstrafrecht*).

S'ha plantejat la qüestió referida a si la diferència entre el dret penal (nuclear) i el dret penal accessori és de tipus qualitatiu o quantitatiu: la resposta que es doni a aquesta pregunta, com apunta Hassemer, no sols depèn de qüestions de naturalesa sistemàticojurídiques, sinó que obeeix també a d'altres de naturalesa politicojurídica. Això evidencia que el dret penal accessori té, en sentit material, a més d'una consideració de tipus històric, una altra de caràcter ideològic que té a veure amb consideracions de política criminal relatives al bé jurídic: així, amb l'expressió *dret penal accessori*, es vol al·ludir a aquells àmbits sobre els quals es discuteix la legitimitat de la intervenció penal.

Sota la superfície d'aquesta dialèctica conceptual bateguen altra mena de tensions. En efecte, el dret penal nuclear es concep com el dret penal dels béns jurídicopenals altament personals, protegit mitjançant tipus configurats com a delictes de lesió. D'altra banda, el dret penal accessori comença a prendre com a referent, com a *ratio* de tutela, els béns jurídicopenals supraindividuals o col·lectius, els interessos difusos, tenint en compte, com a recurs de tècnica legislativa, fonamentalment, els delictes de perill, com també recurrent a la tècnica de la llei penal en blanc. És per això que, al costat de la constatació de dèficits de legitimitat, també s'ha criticat la minva de garanties que suposa el recurs legislatiu als delictes de perill.

2. «SOCIETAT DEL RISC» I DELICTES DE PERILL

Aquesta discussió es concreta, en la doctrina penal, en la legitimitat o il·legitimitat de l'existència dels anomenats delictes de perill que, alhora, cal situar en el

marc de la societat complexa en la qual ens vam trobar immersos en albirar el s. xxi, i de les conseqüents noves necessitats, nous valors i nous problemes dels membres d'aquesta societat, la qual, si no com a «societat del risc», almenys cal qualificar-la com a «societat complexa». En una societat molt tecnificada i industrialitzada com la nostra, en la qual hi ha una sèrie de relacions d'interacció interpersonal anònimes creixents, cal anar qüestionant i redefinint dinàmicament els interessos que mereixen tutela penal. Al costat de béns altament personals, com ara la vida, la llibertat sexual o el patrimoni, la societat occidental va assumir la necessitat d'intervenció penal per a la prevenció de «nous riscos» que tenen el seu origen en la complexitat estructural d'aquesta societat. En principi, es pot afirmar que els ciutadans, en general, no es qüestionen la necessitat de repressió penal dels riscos de tipus atòmic, químic, ecològic, genètic o socioeconòmic, per enumerar alguns exemples.

Davant d'aquesta percepció s'alcen veus, entre les quals destaquen les que provenen de la denominada Escola de Frankfurt, que encapçala Hassemer, que entenen que en aquestes circumstàncies el dret penal esdevé *soft law*: el dret penal —diuen— ha esdevingut un mitjà de solució de conflictes que no es percep de manera distinta, per la seva aptitud i perillositat, a d'altres mitjans de solució de conflictes (Hassemer, 1989); d'aquesta manera, el dret penal esdevé *simbòlic*. Després d'aquestes crítiques, Hassemer planteja solucions concretes: la reducció del dret penal al seu nucli mínim (*Kernstrafrecht*), però assumint que, mentre que el dret penal avui no pot renunciar als béns jurídics col·lectius, cal que se n'operi una funcionalització en atenció a béns jurídics individuals per descriure'ls de la manera més precisa possible. En definitiva, la seva proposta requereix, en tot cas, la protecció de béns jurídics individuals de manera directa o de manera indirecta quan es protegeixin els col·lectius (o universals en la seva mateixa terminologia), en la mesura que aquests sempre han de tenir com a referent un bé jurídic individual. Altrament, el dret penal simbòlic es correspondrà amb «la representació d'inseguretat global en una societat de risc i tindrà una funció d'engany».

Com pot apreciar-se, després de les tesis de l'Escola de Frankfurt hi ha la negació de l'autonomia dels béns juridicopenals supraindividuales i la il·legitimitat de la intervenció penal en aquests àmbits. Per la nostra banda, en diversos treballs es qüestionen, des de diverses perspectives, aquestes tesis i s'accepta l'entitat axiològica d'aquests interessos (Corcoy Bidasolo, 1999a). En un altre ordre de coses, aquestes concepcions entenen que una intervenció efectiva del dret penal en l'àmbit dels nous riscos comporta un minva de les garanties inherents a l'Estat de dret, de tal manera que propugnen, com a solució a aquesta dialèctica entre garantisme i eficàcia, un model de «dret de la intervenció» que «se situï entre el dret penal i el dret contravencional, entre el dret civil i el públic, i que certament disposaria de garanties i procediments reguladors menys exigents que el dret penal, però que a canvi estaria dotat de sancions menys intenses davant dels individus» (Hassemer, 1992). Silva Sánchez proposa un dret penal de «dues velocitats»; la primera es correspondria amb el dret penal nuclear i mantindria totes les garanties, mentre que en la segona les garanties podrien relaxar-se i, en contraprestació, no preveuria penes privatives de llibertat (Silva Sánchez, 1999).

Per resoldre la qüestió de «l'assegurament del futur amb els mitjans del dret penal», proposem una «tercera via» (en la línia proposada per Stratenwerth, 1993), sense que això obeeixi a una concepció del dret penal purament funcionalista, recomanant anar més enllà de la protecció de béns jurídics ancorada en el pensament antropocèntric, protegint juridicopenalment «normes de conducta referides al futur» sense «retroreferència a interessos individuals». La nova dogmàtica penal ha d'anar en aquesta direcció i, sense oblidar els principis garantistes, servir els interessos predominants de l'actual societat. Sense «retroreferència a interessos individuals» solament implica que, des d'una perspectiva de tipicitat penal, no hi ha una relació ni mediata —en la línia de la seva consideració com a béns jurídics intermedis (Mata i Martín, 1997)—, ni immediata amb els béns juridicopenals individuals. Els béns juridicopenals supraindividuals són autònoms, però això no exclou que, com a «interessos predominants en la societat», només podran ser qualificats així i, en conseqüència, legitimada la intervenció penal, aquells que serveixin al millor desenvolupament personal de cadascun dels individus que la conformen.

La legitimitat de la intervenció penal no s'ha de decidir exclusivament a partir dels principis de subsidiarietat i *ultima ratio*, sinó que també cal atendre el principi de fragmentarietat, en la mesura que només s'hauran de castigar les conductes especialment greus en relació amb qualsevol bé juridicopenal¹ i, en conseqüència, aquesta anàlisi també cal fer-la respecte a béns juridicopenals individuals, com poden ser la intimitat, l'honor o la propietat. No deixa de sorprendre que un ampli sector de la doctrina alemanya moderna defensi un «dret penal nuclear», en el qual s'exclou de la intervenció penal els riscos que als ciutadans els semblen més greus, com són la majoria dels anomenats nous riscos, però sense que a penes es discuteixi sobre si qualsevol furt, per insignificant que sigui, ha de continuar rebent protecció penal, per enunciar únicament un exemple. En aquest sentit, cal posar en relleu que avui dia no es pot afirmar que en la *consciència dels particulars* aquests riscos —medi ambient, trànsit, treball, consum...— es conceben com a «neutrals des del punt de vista eticovaloratiu» ni que no hi ha «una clara consciència d'antijuridicitat social», per la qual cosa en tinguin una valoració eticosocial neutra. Aquestes afirmacions eren vàlides el s. XIX, i fins i tot en gran part del s. XX, però no en les darreres dècades del s. XX i encara menys en l'entrada d'aquest s. XXI. Per consegüent, la qüestió de la legitimitat de la intervenció penal ha d'estar subjecta a la revisió constant de totes les figures delictives: els principis limitadors del *Ius puniendi* han d'operar necessàriament en la totalitat del sistema penal, ja es tracti del dret penal de l'homicidi, dels delictes contra els interessos patrimonials, o del dret penal mediambiental.

Des d'aquesta perspectiva, la denominació «delictes de perill» serveix només en la mesura que és un terme assentat en el dret penal i que permet, alhora, distingir entre delictes de perill abstracte i concret. Això és així perquè només se'ls pot qualificar com a «delictes de perill» si es posen en relació amb altres delictes en els quals el bé jurídic penal protegit és individual, és a dir, es conceben com a avançaments de la barrera de protecció, en terminologia clàssica, respecte a la vida, la salut o la

1. Sobre el significat del principi de subsidiarietat i fragmentarietat, Mir Puig, 2002.

propietat. Des de la postura aquí defensada, solament és acceptable el terme delictes de perill des de la referència al lliure desenvolupament de la personalitat, però no en atenció al bé jurídic penal supraindividual protegit, respecte del qual cal demostrar la seva lesió. La idea que són «delictes d'acumulació», per la raó que no representen un perill rellevant, com a idonis per lesionar, quan es repeteixen (Silva Sánchez, 1999). Penso que aquesta afirmació és discutible o, almenys, que podem afirmar que per destruir el bé jurídic, excepte en l'homicidi, també, en general, cal repetir conductes d'aquesta mena. Que potser sempre que es lesiona una persona, aquesta perd la salut? Que potser a qui estafen, roben... en general, perd el seu patrimoni? A qui se li descobreixen determinats aspectes de la seva vida íntima, li desapareix la intimitat?... El que succeeix és que —insisteixo—, excepte en l'homicidi, la lesió del bé jurídic penal, tant en els delictes en els quals es protegeixen béns juridicopenals individuals com en aquells que se'n protegeixen de supraindividuals, la lesió no implica la destrucció, sinó l'afectació (Corcoy Bidasolo, 1999a; Martínez-Buján Pérez, 2002).

En definitiva, en el context de la «societat del risc», no es pot dubtar de la consolidació d'aquest «nou» dret penal, malgrat les crítiques referides. Aquest àmbit del dret penal, lluny d'una pretesa instrumentalització de control formal, persegueix protegir la confiança dels ciutadans en el funcionament del sistema i, a partir d'això, assegurar el lliure desenvolupament de la personalitat. En aquest «nou» dret penal conflueixen, per consegüent, el nou sistema d'Estat social, amb un nou sistema de valors, i el nou sistema d'Estat liberal, en el context de la societat tecnològica postindustrial. Aquesta evolució científica, tecnològica, socioeconòmica i, paral·lelament, del pensament polític, ha dut el legislador a protegir penalment nous béns jurídics; la doctrina i la jurisprudència, a reinterpretar el sentit d'alguns béns juridicopenals tradicionals, i, finalment, el sistema judicial, a perseguir efectivament i a condemnar per la comissió de delictes de perill sense esperar que hi hagi hagut un resultat lesiu.

Les crítiques a la falta d'efectivitat i a la poca o nul·la aplicació judicial, encara que siguin, en certa mesura, certes, no serveixen per deslegitimar la intervenció penal enfront d'aquests riscos. Això és així per diverses raons; en primer lloc, en relació amb l'eficàcia, perquè no es pot negar que la intervenció penal ha estat eficaç en àmbits tan distints com el tributari o el medi ambient, cosa que no exclou que pogués ser-ho més i, sobretot, millor. Millor perquè és cert que en aquests delictes no sempre es castiguen penalment les conductes més greus, fet que és especialment criticable. No obstant això, des d'una perspectiva de prevenció general negativa, la seva eficàcia és innegable, ja que, si bé un «empresari» (abastant amb aquest terme als administradors, gerents consellers...) pot minimitzar qualsevol sanció, per elevada que sigui, i comptabilitzar-la com a despesa i/o repercutir-la en el producte, li és més difícil assumir personalment un procés penal i, encara més, doncs, una condemna. Així mateix, tampoc no es pot menysprear la seva eficàcia des d'una perspectiva de prevenció general positiva, atès que la seva crítica natural de dret penal simbòlic serveix com a reconeixement de la importància dels béns protegits. Tot i que és cert que un precepte penal que només té un valor simbòlic ha de rebutjar-se (Silva Sánchez, 1992), no ho és menys que el significat simbòlic és positiu quan conflueix amb altres funcions, perquè serveix al reconei-

xement social de la importància d'aquest bé jurídic concret i això comporta, alhora, més sintonia entre les valoracions socials i les jurídiques.

Respecte a la major o menor eficàcia atenent la nul·la o gairebé nul·la aplicació judicial, no poden oblidar-se dos factors essencials. Primer, que per a l'aplicació judicial d'un nou delictes no n'hi ha prou amb la creació d'un nou precepte en el Codi penal, sinó que calen mitjans que permetin una investigació correcta dels fets; en aquest sentit estaria la creació de fiscalies anticorrupció o, actualment, de la Fiscalia en matèria de seguretat en el treball. Segon, que és necessari que els jutges coneixin, comprenguin i sàpiguen aplicar adequadament aquests nous preceptes, respecte als quals manca una jurisprudència consolidada. Referent a això, caldria plantejar-se si no serien necessaris també tribunals especialitzats, que no és el mateix que tribunals especials, per conèixer determinades matèries fortament especialitzades, com poden ser les relatives al medi ambient, societari, propietat intel·lectual, propietat industrial... En definitiva, en l'aplicació judicial o no de determinats delictes conflueixen molts aspectes i la inaplicació no deslegitima per ella mateixa aquests delictes sinó que hauria d'obligar a analitzar les causes d'aquesta inaplicació; només en el cas que s'advertís de la ineficàcia o impossibilitat absoluta de la seva aplicació es justificaria la seva desincriminació. En aquest sentit, crida l'atenció que els delictes contra la seguretat en el trànsit, de llarga tradició en el nostre Codi penal, no hagin estat aplicats normalment fins a èpoques molt recents i que, per exemple, els delictes contra la seguretat i la higiene en el treball no comencin a ser aplicades fins als últims anys, quan la nova regulació en el Codi penal de 1995 és, en realitat, molt més restrictiva que la prevista en el Codi penal de 1973 (Corcoy Bidasolo, 2003).

Finalment, i no per això menys important, cal assenyalar que molts problemes que suscita la incriminació de noves conductes provenen de la tècnica legislativa utilitzada, és a dir, no solament han d'esforçar-se els que l'apliquen sinó que el legislador també ha de crear tipus que siguin prou concrets, sense caure en una tècnica legislativa casuística, i pot, o ha de recórrer, en aquests sectors d'activitat —que són objecte de protecció també en altres àmbits de l'ordenament jurídic— a la tècnica de la llei penal en blanc que, utilitzada correctament, pot ser la més adequada en aquests casos. El Tribunal Constitucional, per exemple (STC 122/1987 o STC 127/1990), posa com a requisits per a la legalitat de la llei penal en blanc que el reenviament normatiu sigui exprés, que la conducta qualificada com a delictiva sigui suficientment precisada i que estigui justificada la remissió en raó del bé jurídic protegit. Atenent a l'últim requisit, «en raó del bé jurídic protegit», en els delictes en els quals es protegeixen béns juridicopenals supraindividuals, respecte a conductes tècniques i amb major complexitat, i amb regulació en altres sectors de l'ordenament, aquesta tècnica legislativa apareix com la més adequada.

3. EXIGIBILITAT DEL CONTROL DE RISCOS I LÍMITS OBJECTIUS. CONCEPTE DE PERILL JURIDICOPENALMENT RELLEVANT

Pel que fa al concepte de perill, superades les teories subjectives i objectives del perill, s'ofereix un concepte normatiu per al qual la perspectiva causal natura-

lista suposa un indicatiu, necessari però no suficient per ell mateix, per dotar-lo de contingut. A l'efecte d'imputació objectiva d'un resultat de perill o de lesió a una conducta perillosa, cal distingir entre la *situació de perill* —grau de perill normatiu penalment rellevant— i *judici de perill*. Aquest perill normatiu es concep com a «probabilitat de lesió d'un bé juridicopenal» i aquesta probabilitat ha de suposar una entitat que fregui la seguretat de lesió per a què es pugui acceptar la legitimitat de la incriminació d'aquesta conducta. D'altra banda, en la valoració d'aquesta probabilitat cal tenir en compte altres variables, com l'entitat del bé juridicopenalment protegit o la ponderació de la utilitat social de l'activitat en qüestió. De resultes de tot això, per qualificar una conducta com a perillosa des d'una perspectiva penal caldrà verificar la probabilitat de lesió, en el cas concret, atenent els béns juridicopenals potencialment posats en perill i en l'àmbit d'activitat on es desenvolupa aquesta situació, tot això amb independència de la possibilitat que l'autor eviti la lesió. Aquesta situació de perill opera com a límit de l'actuació incriminadora del legislador: la legitimitat del càstig de conductes perilloses està vinculada al respecte a aquests límits axiològics, perquè només en la mesura que s'incriminïn conductes amb suficient perillositat normativa en abstracte es respectaran els postulats de l'Estat de dret, en particular, el principi d'intervenció mínima i *ultima ratio* del dret penal.

La gravetat del risc no és l'únic límit normatiu respecte del que pot qualificar-se com a risc típic, perquè en aquest sentit és determinant la idea d'utilitat. El risc permès està íntimament relacionat amb la idea d'utilitat, en la mesura que la utilitat social és essencial a l'hora d'establir una frontera entre els riscos permesos i els juridicopenalment rellevants. Això no implica una concepció del dret penal estrictament utilitarista, perquè la utilitat del risc no servirà per excloure la seva rellevància penal quan aquest risc pugui ser evitat o controlat amb un cost assumible. En aquest sentit, adquireixen una especial rellevància els avenços tecnològics, ja que un risc deixarà de ser permès quan hi hagi mitjans no excepcionals per controlar-lo. És indubtable que en aquest plantejament subsisteix un important component valoratiu, en la mesura que caldrà decidir sobre l'excepcionalitat o normalitat del mitjà necessari per controlar un determinat risc. En aquest punt, són de gran utilitat les normatives sectorials de seguretat, sense que això suposi que el deure de controlar el risc, des d'una perspectiva penal, sigui equiparable, sense una posterior valoració, al compliment o incompliment d'una norma extrapenal (sobre la distinció entre *deure de cura* i *regla tècnica*, Corcoy Bidasolo, 1989). Això és així perquè mentre que les normes sectorials tracten de prevenir, en abstracte, hipotètics riscos, la norma penal ho fa sempre en concret, és a dir, atenent les circumstàncies concurrents en el cas.

Un problema específic, en relació amb l'exigibilitat del control de riscos i la seva conseqüent configuració com a risc permès o, al contrari, com a risc típic, se suscita en relació amb aquells que deriven de la investigació. La investigació implica riscos, però, alhora, és necessària per a l'avenç de la societat. Si els beneficis de la investigació són indiscutibles, també ho són els riscos que implica i, per consegüent, ha de ser la comunitat científica, l'Administració i la mateixa societat, conjuntament, els qui n'estableixin els límits (Corcoy Bidasolo, 2001).

Així, per exemple, en l'àmbit de la biotecnologia, un dels àmbits en els quals la investigació més avança i que, al mateix temps, més pors provoca, la Convenció sobre Drets Humans i Bioètica, de 4 d'abril de 1997, estableix en el seu art. 28 que els governs signants han de vetllar per a què «les qüestions fonamentals plantejades pel desenvolupament de la biologia i de la medicina siguin debatudes públicament i de manera adequada, atenent, en particular, les corresponents aplicacions mèdiques, socials, econòmiques, ètiques i jurídiques, i per a què les seves possibles aplicacions siguin objecte d'obligada consulta». Que hi hagi d'haver límits no treu d'advertir que la producció i creació científica constitueix un dret fonamental recollit en la Constitució, art. 20.1.b), i que els poders públics, d'acord amb l'art. 44.2. CE, han de promoure la ciència i la investigació científica i tècnica en benefici de l'interès general.

Quant als límits objectius a l'exigència de control de riscos, té, finalment, una especial importància la idea del consentiment. En aquest sentit, la pregunta seria: ¿existeix el deure de controlar un risc assumit per la persona que es troba en perill? I la resposta serà: quan la conducta arriscada és imputable a la víctima, el comportament és atípic. No obstant això, aquesta irrellevància no es produeix en virtut d'un permís de risc genèric com el que ofereix el risc permès (Cancio Melia, 1998), sinó en virtut de l'existència d'un consentiment vàlid en aquest risc concret. En l'àmbit del risc permès, només s'inclou el consentiment quan suposa una *autoposada* en perill que genera una situació de conflicte entre la llibertat i el perill. L'eficàcia del consentiment, com a criteri restrictiu del perill objectiu en la mesura que és l'idoni, dintre del nivell del risc permès, sorgeix a partir de l'interès que fonamenta la permissió del risc: la voluntat d'una persona de posar-se en perill, el seu dret a l'exercici de la llibertat i, més en concret, el dret al lliure desenvolupament de la personalitat (Corcoy Bidasolo, 1999b). El consentiment només pot constituir risc permès quan el perill afecta el bé jurídic —o els béns jurídics— d'un subjecte i, aquest, en exercici del seu dret a la llibertat, accepta el perill (Jakobs, 1991), perquè només en aquest cas el consentiment restringeix el tipus i a més se suscita un conflicte d'interessos que ha de ser ponderat. En les activitats esportives, al costat de la valoració sobre la seva utilitat social, que cal relacionar amb el grau de perill que implica cada esport, permetre l'activitat requereix, com a presupòsit, el consentiment dels participants (Frisch, 1989).

4. RESPONSABILITAT SUBJECTIVA I EXIGIBILITAT

Com ja hem assenyalat, el perill, quan és un concepte extrapenal, és el punt de partida o indicatiu que ha de servir per fonamentar, i legitimar després, l'atribució de rellevància penal d'un determinat risc. Una de les metes del nostre treball és trobar un concepte únic de perill propi del dret penal, que transcendeixi el seu àmbit d'operativitat als tradicionals delictes de resultat de lesió (imputació objectiva, temptativa, justificació, error...). En aquest context, la idea d'exigibilitat és essencial, ja que, mentre en dret penal regeix el principi de responsabilitat subjectiva, els únics perills que poden arribar a ser rellevants per al dret penal seran

aquells que havien de ser coneguts pel subjecte en l'àmbit de domini del qual es trobin. Per això, per exemple, en l'àmbit de la responsabilitat pel producte no seria legítim considerar juridicopenalment rellevant un risc desconegut, atenent l'estat dels coneixements científics vigents en el moment que es va fabricar o va distribuir el producte, al contrari del que succeeix en dret civil, on es pot exigir responsabilitat per riscos desconeguts. Això explica que la Llei 22/1994, de 6 de juliol, sobre responsabilitat civil pels mals causats per productes defectuosos (transposició de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de juliol de 1985), no exoneri de responsabilitat el fabricant, importador o distribuïdor de medicaments, aliments o productes alimentaris destinats al consum humà, tot i que l'existència del risc no fos apreciable en el moment de la posada en circulació sobre la base de l'estat dels coneixements científics i tècnics existents en aquest moment. Tenim, per tant, ja un important límit subjectiu infranquejable respecte als riscos que poden considerar-se juridicopenalment rellevants, en la mesura que una altra cosa suposaria infringir el principi de responsabilitat subjectiva vigent en dret penal (en aquest sentit, expressament articles 5 i 10 del Codi penal).

Una vegada delimitats, per sota, quins riscos poden ser rellevants des de la perspectiva penal —és a dir, solament els cognoscibles en el moment en què el subjecte realitza la conducta— i, per tant, des d'una perspectiva *ex ante*, caldrà establir si només poden ser riscos juridicopenalment rellevants aquells coneguts pel subjecte que crea el risc, o que té el deure de controlar-lo, o si també poden ser-ho els riscos que no eren coneguts pel subjecte però que, ateses les circumstàncies concurrents *ex ante*, tenia el deure de conèixer. En altres paraules, si només són juridicopenalment rellevants els riscos coneguts per l'autor —dolosos— o si també poden ser-ho els cognoscibles —imprudents.

Referent a això, prèviament cal delimitar sobre quins aspectes ha de recaure el coneixement del risc i quin és el grau de coneixement exigible. Des de la perspectiva penal, el nivell de coneixement exigible no és un coneixement científic i exacte del per què es poden produir determinats resultats lesius, ni tan sols és necessari conèixer, o obligació, quins són exactament els resultats previsibles. El coneixement que es requereix s'emmarca en l'esfera del profà, és a dir, n'hi ha prou amb conèixer que una conducta és idònia per provocar resultats lesius, sense que sigui necessari conèixer per què es poden produir, ni exactament quins seran. Sí cal conèixer, o és obligat conèixer, al contrari, que hi ha una certa probabilitat de producció de resultats lesius i de quina forma pot controlar-se aquest risc. És a dir, s'ha de conèixer, o és obligat conèixer, la perillositat en abstracte i les mesures que cal adoptar, que poden ser tant prendre mesures de seguretat com, senzillament, no dur a efecte aquesta activitat respecte de la qual no es té prou capacitat per controlar degudament els riscos inherents.

La resposta sobre si només tindran rellevància juridicopenal els riscos coneguts pel subjecte que els crea o que té el deure de controlar-los o si també l'han de tenir aquells que no són coneguts però que, atenent les concretes circumstàncies, calia conèixer, implica la resposta sobre la legitimitat o no de la incriminació de conductes imprudents en la protecció de béns juridicopenals supraindividuals. La resposta no és fàcil perquè, des d'una perspectiva garantista, i sobretot ate-

nent el principi de fragmentarietat, aquesta seria negativa, és a dir, només haurien d'incriminar-se les conductes doloses (Corcoy Bidasolo, 1999b), mentre que des d'una perspectiva politicocriminal que atengui l'eficàcia i la utilitat del dret penal, com també finalitats preventives i de protecció de béns jurídics, és convenient incriminar també les imprudents, encara que es limitin als supòsits d'imprudència greu. La qüestió és especialment complexa, perquè en els àmbits en els quals es produeixen els riscos examinats, en general, la regulació penal concorre amb una altra d'administrativa, laboral, mercantil... i és necessari delimitar-la, tant des d'una perspectiva teòrica com pràctica. Per tot això, en el context d'aquest treball no és possible ni convenient entrar en aquest debat respecte al qual, jo mateixa, he ofert solucions diferents.

5. RESPONSABILITAT PERSONAL I DEURE DE CONTROL DEL RISC TÍPIC

L'existència d'un risc, fins i tot d'un risc que s'hagi qualificat com no permès o juridicopenalment rellevant, no és suficient per poder atribuir responsabilitat penal a una o diverses persones. Al costat del límit subjectiu, al qual s'ha fet referència en l'apartat 4, derivat del principi de responsabilitat subjectiva, es troba el límit derivat del principi de responsabilitat personal. Aquest límit suposa que l'atribució de responsabilitat penal, en concepte d'autor o particip, requereix que a la persona a qui se li atribueix tingués el domini funcional del risc qualificat prèviament com juridicopenalment rellevant. Aquesta atribució de responsabilitat no pot fonamentar-se exclusivament en el rol que formalment tenia aquesta persona, sinó en les competències que materialment havia assumit.

Des de la perspectiva material que es proposa per a l'atribució de responsabilitat penal, són rellevants els aspectes subjectius als quals ens referíem en l'apartat anterior, perquè la responsabilitat penal a títol dolós només podrà atribuir-se a qui coneixia els riscos, tot i que ho fos en l'esfera del profà a què en aquest apartat fèiem referència, i a títol imprudent només a qui, per la seva concreta situació, tenia el deure juridicopenal d'haver-los conegut. La qüestió es trasllada a la determinació de quan podem dir que una persona té el deure de conèixer uns determinats riscos, és a dir, al límit subjectiu que es plantejava en l'apartat 4. L'exigibilitat del coneixement —cognoscibilitat— és, per consegüent, un límit a la possibilitat d'atribuir responsabilitat penal a títol imprudent (Corcoy Bidasolo, 1989). En la imprudència, el deure subjectiu de cura —cognoscibilitat— i el deure de control, que podríem equiparar amb un deure de garant fonamentador de l'autoria, quan determina la competència o domini sobre el fet, conflueixen.

La idea d'exigibilitat en l'atribució de responsabilitat penal, en darrer terme, adquireix una especial importància en relació amb la possibilitat d'exigir responsabilitats penals a altres particips distints de qui (dels qui), individualment o conjuntament, tenen la competència i el domini sobre el risc. En altres paraules, ¿el domini i la competència d'un(s) subjecte(s) sobre el control del risc exclou sempre la responsabilitat dels qui tenen una competència subordinada? ¿Això és així també quan qui té la competència subordinada, per la situació jeràrquica, té al mateix temps la

competència concreta sobre aquest risc i, per tant, un major coneixement sobre la naturalesa, l'abast, l'eficàcia... del risc? En aquest punt, el criteri de l'exigibilitat és determinant, ja que la resposta a la pregunta anterior requereix decidir quan —respecte d'una persona que, empresarialment, està subordinada jeràrquicament a una altra— està obligada a controlar un risc. En principi, un primer límit el tindrem en la possibilitat d'actuar en relació amb el control d'aquest risc, és a dir, atenent la idea d'evitabilitat. Però ¿què succeeix quan l'única possibilitat de control és denunciar la situació, primerament davant els superiors i després davant els òrgans administratius o judicials competents? ¿És exigible aquesta conducta, que pot suposar un acomiadament?

6. IMPUTACIÓ I PRINCIPI DE LESIVITAT

Fins aquí, el judici de perill, com a atribució de rellevància juridicopenal a un risc, es concep com un judici aplicatiu que du a terme l'espectador objectiu situat *ex ante*, amb retrotracció en el moment de realització de la conducta jutjada, i ha de determinar, en tot cas, les circumstàncies que cal tenir en compte en el judici sobre el perill amb criteris dogmàtics i politicocriminals. En aquest treball es proposa diferenciar entre un «judici objectiu de perill» i un «judici subjectiu de perill»: mentre que el primer té validesa general respecte a un cas concret, en el judici subjectiu —com a judici d'imputació— cal prendre en consideració els coneixements personals de l'autor sobre la situació de perill objecte del judici objectiu. La principal conseqüència d'aquesta delimitació té transcendència en el tipus subjectiu: si el coneixement que té l'autor sobre la perillositat de la seva conducta no coincideix amb el perill objectiu idoni, ens trobarem davant una situació d'error de tipus, que es tractarà d'acord amb els criteris generals.

Al costat d'aquest judici d'atribució *ex ante* ha de concórrer un judici d'imputació *ex post*, en aquest cas estrictament objectiu, en el qual es valora la lesivitat d'aquesta conducta en atenció al bé juridicopenal protegit. Això és així perquè la lesivitat és el fonament de l'antijurídica material i la seva concurrència no pot limitar-se als delictes de resultat, perquè cal diferenciar entre resultat material —que només concorre en els esmentats delictes— i el resultat en sentit jurídic, lesivitat, que ha de concórrer sempre i que es concep com a afectació *ex post* del bé juridicopenal protegit, ja sigui individual o supraindividual. Amb altres paraules, que *ex post* s'haurà de provar que aquesta conducta, efectivament, en aquest cas concret, atenent no només les circumstàncies conegudes *ex ante* sinó també les que es van conèixer *ex post*, ha afectat el bé jurídic. El concepte «afectar» abasta la referència tradicional tant a la «lesió» com a la «posada en perill».

BIBLIOGRAFIA

CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1998.

- CORCOY BIDASOLO, M. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: PPU, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. València: Tirant lo Blanc, 1999a.
- 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: 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: 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). Consell General del Poder Judicial (en prensa).
- FERRAJOLI, *Derecho y razón*. 2.^a ed. Madrid: Trotta, 1997.
- FRISCH, *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg, 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: 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*. 2.^a 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: Tecnos, 2002.
- MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997
- MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1954.
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. 6.^a ed. Barcelona: Reppertor, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- STRATENWERTH, «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts», *ZStW* (105) 1993.