

DE NUEVO SOBRE EL «CASO DE LA COLZA»: UNA RÉPLICA

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

Profesor titular de Derecho penal. Universidad de León.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La prueba de la relación de causalidad entre acción y resultado en «cursos causales no verificables». 3. Acciones y omisiones en el curso de un proceso productivo. Su valoración jurídico-penal.

1. Introducción

Habiendo recibido recientemente una especial atención crítica¹ —acaso desproporcionada, como intentaré justificar en este trabajo— mis contribuciones acerca de la responsabilidad penal por productos defectuosos², y convencido como estoy de que las discusiones deben

¹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *La omisión impropia en la Dogmática penal alemana*, Ensayos penales, 1999, pp. 257 ss., esp. pp. 324-335.

² PAREDES CASTAÑÓN, «Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del “caso de la colza”», *PJ* 33 (1994), pp. 421 ss.; el mismo, «El “caso de la colza”, o los dilemas de la protección penal de los consumidores», *Rev. de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales* de la Univ. Pública de Navarra 1 (1994), pp. 213 ss.; el mismo, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, 1995, pp. 49-192; el mismo, «Problemas de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del “caso de la colza”», en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, pp. 289 ss. Más recientemente, me he ocupado de la «segunda sentencia de la

suscitarse así, entre ideas, y no en otros modos harto menos académicos, no deseo dejar pasar la ocasión de dar una respuesta cumplida (al menos, eso espero) a las críticas, aclarando malentendidos y respondiendo, en cuanto me sea posible, a sus objeciones.

En efecto, dos cuestiones suscitadas en mis trabajos, al hilo del análisis y crítica de las resoluciones judiciales sobre el llamado «caso de la colza», han sido objeto de discusión en la obra arriba referida: de una parte, la caracterización como activa u omisiva de la conducta realizada por los perpetradores del fraude del desvío de aceite de colza desnaturalizado hacia el consumo humano; y, de otra, la corrección o incorrección del procedimiento de determinación y prueba de la relación de causalidad entre dicha conducta y los resultados dañosos (homicidios y lesiones) que fue utilizado por nuestros tribunales en el caso de autos. Al respecto, intentaré justificar en las páginas que siguen que, según yo lo veo, el primero de los puntos de polémica obedece más bien a un mal entendimiento de mis ideas. Y que, por el contrario, en el segundo de los temas se dilucida un problema más profundo, complejo sin duda, y sobre el que la discusión ha de seguir necesariamente abierta, más allá de la solución del caso concreto; sobre el mismo, que por su importancia voy a abordar en primer lugar, intentaré aportar algunos argumentos adicionales para fortalecer y matizar las opiniones que ya he expresado.

2. La prueba de la relación de causalidad entre acción y resultado en «cursos causales no verificables»

2.1. Como es sabido, uno de los problemas centrales —en realidad, ya antes de iniciarse el procedimiento judicial— en el «caso de la colza» (como lo es con frecuencia en los supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos), y el que mayor polémica generó a la hora de la interposición de los correspondientes recursos de casación ante el TS, fue el de la existencia o inexistencia de relación causal entre las acciones dotadas de intención fraudulenta de los aceiteros (en síntesis, las que llevaron al desvío para el consumo humano de aceite de colza «desnaturalizado» para su uso industrial) y los resultados lesivos, de

colza» (esto es, de la que establecía la responsabilidad penal de ciertos funcionarios públicos en la adulteración y desvío del aceite de colza) en PAREDES CASTAÑÓN, «Función de control de riesgos y responsabilidad penal por imprudencia: la responsabilidad personal de los altos cargos de la Administración en el “caso de la colza”», *Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales – Aranzadi n° 15 (1998)*, pp. 9 ss. Aunque, ciertamente, de este último trabajo no se ocupa la crítica a la que aquí replico, por lo que tampoco volveré yo sobre él.

muerte y de lesión, efectivamente producidos por la enfermedad denominada —aún hoy, y a falta de una mejor denominación— como «síndrome tóxico». Sobre este problema (y, en general, sobre el problema de la prueba de la causalidad en lo que se ha dado en llamar³, con expresión muy gráfica, aunque algo inexacta⁴, «cursos causales no verificables»), se han vertido ya ríos de tinta, tanto en la doctrina española —al hilo, fundamentalmente, del «caso de la colza»⁵— como, sobre todo, en la alemana (que ya en los años setenta, con el «caso Contergan», empezó a ocuparse de la cuestión)⁶.

Sintetizando mucho el problema (y, sin duda, simplificándolo también algo), la duda que se les ha planteado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia penal es la siguiente: en aquellos casos en los que el juzgador se encuentra, de una parte, ante una(s) acción(es) subsumibles en principio en tipos penales e inequívocamente disvaliosas y, de otra, ante resultados lesivos cuya concreta etiología se desconoce, ¿puede legítimamente (esto es, respetando los principios que han de regir la prueba en el proceso penal) dar por probada la existencia de una conexión entre acción y resultado, y *de una conexión de carácter causal*, si existen indicios a favor de dicha conexión, si el sentido común le dice que la misma ha de existir y si carece de cualquier otra explicación verosímil? ¿O, por el contrario, no estaría el juzgador obligado en estos casos a aplicar el principio *in dubio pro reo*, estimando entonces como probada la hipótesis más favorable para el reo, esto es, la de que la relación de causalidad no existió, por faltar un conocimiento suficiente de la forma en la que la acción típica habría —hipotéticamente— dado lugar al resultado también típico? Naturalmente, cabe, al menos en el nivel teórico, una respuesta evasiva (como solución del caso, que no en términos político-criminales) a la cuestión que se acaba de formular: mejórense los métodos de investigación, y elimínense así los «cursos

³ TORÍO LÓPEZ, *Cursos causales no verificables en Derecho Penal*, ADPCP 1983, p. 221.

⁴ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, p. 97, n.º 167.

⁵ Vid., fundamentalmente (además de las referencias más someras en obras generales), GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, 1988; TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1983, pp. 221 ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995, pp. 82-104; GONZÁLEZ LAGIER, *Sobre el concepto de causa*, PJ 33 (1994), pp. 83 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 49 ss.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Curso de iniciación*, I, 2ª ed., 1996, pp. 454 ss.

⁶ Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Tatbestandmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, JZ 1971, pp. 569 ss.; BRUNS, *Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses*, FS-Heinitz, 1972, pp. 317 ss.; el mismo, *Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses*, FS-Maurach, 1972, pp. 469 ss.

causales no verificables»⁷. No obstante, hay que reconocer que dicha solución no sirve como fórmula general (porque siempre, al menos en nuestro sistema social, irán el desarrollo tecnológico y la aplicación práctica de nuevas técnicas, por delante del conocimiento exacto de todas las implicaciones y cadenas causales posibles a partir de las mismas)⁸ y, desde luego, no lo es para la solución de los casos concretos en los que la imposibilidad de verificar cada uno de los eslabones de la hipotética cadena causal subsiste. Así pues, allí donde no sea posible disolver el problema, el dilema entre la necesidad de flexibilizar el concepto de causalidad (y de su prueba) y la de preservar las garantías procesales continuará en pie, y sin una solución sencilla. La presencia de dicho dilema ha sido, desde luego, reconocida de manera muy general por quienes se han ocupado en profundidad del tema de la responsabilidad penal por productos defectuosos (pero no sólo: también, por ejemplo, de los delitos contra el medio ambiente)⁹, admitiendo que, en la práctica, cualquiera de las dos soluciones es problemática: por la impunidad que genera la una, privilegiando a aquellos programas de actuación criminal más preparados para ocultar sus huellas, o que operan en contextos más complejos, como es, por ejemplo, el de la actividad empresarial; y por la amenaza que puede suponer la otra para la preservación del rigor en la prueba de los hechos (y la de la relación de causalidad lo es sin duda)¹⁰, a favor de auténticas presunciones (*contra reo*, además), lo que parece que afecta a una de las garantías más intangibles del proceso penal. Entre ambos extremos, y aun comprendiendo las razones prácticas que han llevado a la jurisprudencia a inclinarse antes por la solución flexibilizadora que por la garantista¹¹, se

⁷ Yo mismo he apuntado esta (relativa) solución en PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 122-124.

⁸ Cfr., por todos, DENNINGER, «Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno», *Doxa* 14 (1993), pp. 368-375; BECK, *La sociedad del riesgo*, trad. J. Navarro/D. Jiménez/M. R. Borrás, 1998, ambos con ulteriores referencias.

⁹ Cfr., al respecto, MÖHRENSCHLAGER, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches*, WiV 1984, pp. 47 s.; SAMSON, *Kausalitäts und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht*, ZStW 99 (1987), pp. 617 ss.; KLEINE-COSACK, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, 1988; RONZANI, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, 1990; SEELMANN, *Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht*, NJW 1990, pp. 1257 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 1994; la misma, *La prueba en el delito ecológico*, 1995; PÉREZ DE GREGORIO, *La prueba en el proceso penal por delitos contra el medio ambiente*, LL 1994-III, pp. 397 ss.; DAXENBERGER, *Kumulationseffekte*, 1997.

¹⁰ PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 61 ss.

¹¹ Como ya indiqué en PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, p. 131, las dificultades a las que se enfrentaba nuestra jurisprudencia en el «caso de la colza» eran, en materia de causalidad, formidables: nada menos que

ha intentado apuntar cuáles son los errores en dicha solución y las vías que existen para superarlos.

2.2. Y, sin embargo, puede plantearse también la duda de si no será excesivo el celo garantista de quienes critican —criticamos— lo que he denominado «solución flexibilizadora». Así, hay quien parece opinar que los llamados «cursos causales no verificables» no deberían suscitar ningún problema dogmático de especial significación. Ello resultará indudable —cuestión diferente es que resulte aceptable— para quien, como Gimbernat Ordeig, adopte la siguiente línea de argumentación:

1.º) En los delitos de lesión, se «exige únicamente *que* el autor *haya causado* el resultado típico, sin que sea necesario —porque la tipicidad no lo requiere— saber *cómo* lo ha causado»¹².

2.º) De ser de otra manera las cosas, entonces no se podría castigar por delito consumado en ningún caso en el que, conociéndose la existencia de la acción y del resultado típicos, se desconozca la forma exacta en la que se ha llegado de la una al otro: cuando se halle la cosa sustraída al autor de un hurto, sin que se pueda determinar cómo la sustrajo; o, en el siglo XVII, a quien arrojaba una piedra destrozando el cráneo de su enemigo, o agua hirviendo, abrasándole (porque se desconocía aún la ley de la gravedad)¹³.

3.º) Luego, si —por ejemplo, precisamente en el «caso de la colza»—, en un determinado momento en el espacio y en el tiempo, aparece una enfermedad nueva —el síndrome tóxico— justo cuando se está realizando una cierta actividad delictiva —distribuyendo aceite de colza «desnaturalizado»—, y la enfermedad desaparece justo cuando se paraliza dicha actividad, entonces es evidente («*verde y con asas*»)¹⁴ que fue esta última (el aceite de colza «desnaturalizado») lo que causó la primera (el síndrome tóxico)¹⁵.

2.3. Si todo esto fuera así, tan sencillo, la discusión y las dudas estarían, efectivamente, fuera de lugar. Pero creo que es posible demostrar

la incapacidad de un Estado (de la Administración, pero también de la sociedad) para controlar el funcionamiento de sus canales de distribución de alimentos y la grave dificultad de sus científicos para establecer, más allá de todo género de dudas, qué había ocurrido realmente para llegar al síndrome tóxico. Tan formidables —añado ahora— que realmente no era tarea de un tribunal penal el intentar solventarlas... no, al menos, si para ello tenía que reducir las garantías que la prueba ha de reunir en un proceso penal.

¹² GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 331-332 (cursivas del autor).

¹³ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 332-333.

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 334.

¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 333-334.

que: 1.º) los argumentos aportados no añaden nada a aquellos que la doctrina viene manejando en relación con estos «cursos causales no verificables» y, además, mantienen pendiente el problema, material y procesal, subyacente; y 2.º) se ignoran aspectos centrales del problema; además de 3.º) incurrir en algunas contradicciones. Todo ello, por cierto, sin dejar de reconocer, como ya se acaba de hacer, que la solución final de la cuestión es todo menos evidente, por lo que también la «solución flexibilizadora» cuenta sin duda con importantes argumentos a su favor (que a mí no me convencen), pero que han de ser expuestos de un modo menos acrítico de cómo Gimbernat lo hace para que, en el actual estado de la discusión, puedan resultar aceptables.

Comencemos, pues, por la crítica de los argumentos aportados a favor de la «solución flexibilizadora» (para negar, como se ha dicho, que lo sea) en el trabajo al que replico:

a) Consideremos la primera de las afirmaciones: que en los delitos de lesión, se «exige únicamente *que* el autor *haya causado* el resultado típico, sin que sea necesario —porque la tipicidad no lo requiere— saber *cómo* lo ha causado». Como es obvio, el énfasis de la afirmación recae en que la exigencia de que se haya causado el resultado es la única; y en que ello hace innecesario, desde el punto de vista de la tipicidad de los delitos de lesión, el conocimiento de la forma concreta en la que la cadena causal haya tenido lugar. Ahora bien, tal afirmación es cierta sólo en un determinado sentido, a saber, el sustantivo: es decir, es cierto que la estructura de los tipos penales propios de los delitos de lesión no tiene por qué contener, en su tenor literal, ninguna descripción de la forma concreta que ha de adoptar la cadena causal, conformándose con que exista una tal cadena; de este modo, es efectivamente innecesario, puesto que el tipo penal no lo exige, establecer dicha forma de la cadena causal *cuando se conoce sin duda alguna su existencia*.

La cuestión, sin embargo, ha de verse de manera diferente —y aquí estriba la confusión— cuando se considera el aspecto procesal del asunto: esto es, cuando se intenta determinar la forma —procesal— en la que ha de llegarse a la constatación —también procesal— de que ha existido, real e indubitadamente, una determinada cadena causal (entre una acción y un resultado típicos). Pues, en efecto, cuando, en sede procesal, no partimos ya de la presuposición¹⁶ de que existe la relación de causalidad, sino que es precisamente esto lo que tenemos que llegar

¹⁶ De la que parte necesariamente el tenor literal del tipo penal, que se limita a imponer las condiciones para la tipicidad, sin decir nada acerca de la manera de verificar la presencia real en el caso concreto de dichas condiciones: cfr., solamente, HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, pp. 74-76.

a demostrar, entonces el problema ya no aparece tan claro: ¿cómo demostrar que existe una relación causal? ¿No debe hacerse, precisamente, indicando —individualizando— cuál es esa concreta cadena causal? Y, para realizar esa individualización de una cadena causal, frente a todas las restantes imaginables en el caso concreto, ¿no habrá que describir, del modo más exacto posible, las características de dicha cadena? Es decir, sus eslabones (los pasos ocurridos en el curso causal) y la(s) razón(es) para que estén causalmente conectados (las leyes causales que conectan dichos eslabones: estableciendo que uno ha sido causado por el anterior). Volveré luego sobre esta cuestión, para intentar ahondar algo más acerca del método para llegar a este resultado. No obstante, con lo dicho creo que se demuestra ya la insuficiencia de la mera referencia a la estructura formal (esto es, lingüística) del tipo penal, cuando el problema al que nos enfrentamos es, precisamente, el de determinar si un hecho real debe ser subsumido o no en dicho tipo penal.

b) De lo dicho se deducirá inmediatamente cuál ha de ser la réplica a los ejemplos aducidos en apoyo de la tesis que se acaba de rechazar: precisamente, si es posible dar por probada la relación de causalidad (y el delito consumado) en hechos en los que conocemos la existencia de acción delictiva y de resultado típico, pero no todos los detalles de la cadena causal que llevó de la una al otro, es porque sabemos ya que tal relación de causalidad existió. En los ejemplos: en el del hurto, porque el autor «se reconoce como autor del delito»¹⁷, con lo que sabemos que la privación de su propiedad al legítimo propietario fue ocasionada por la acción del ladrón, y no por otro motivo; o, en los del homicidio y las lesiones¹⁸, porque, aun cuando los juristas del siglo XVII desconociesen la ley de la gravitación universal, conocían perfectamente, por el contrario, unas leyes fenoménicas¹⁹ (que sin duda hoy difícilmente calificaríamos propiamente como científicas, al carecer de una fundamentación suficiente, pero es éste otro problema distinto)²⁰ que les indicaban con seguridad —esto es, con carácter determinista— que las piedras y

¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 332.

¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 332-333.

¹⁹ Sobre el concepto de ley fenoménica, vid. PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 88-90, con ulteriores referencias.

²⁰ Pero es que es obvio que no sólo las leyes científicas (aunque sí éstas en primer lugar) forman parte del saber nomológico que han de utilizar los jueces en la formación de su convicción sobre la prueba. Ahora bien, mientras que en el siglo XVII era admisible que un juez se apoyara en el saber vulgar para determinar relaciones de causalidad, al faltarle una apoyatura científica suficiente al respecto, hoy nos parecería inadmisibles que hiciera algo similar, puesto que el concepto de causalidad ha entrado ya hace mucho, y también en la sabiduría socialmente aceptada, en el campo de «lo científico»: o sea, precisamente, de lo indisponible para el saber vulgar.

el agua hirviendo caen hacia abajo a una cierta velocidad y con una cierta energía (y que, por ello, cuando golpean el cráneo o mojan el rostro, respectivamente, destrozan aquél o deforman la piel de éste). Diferentes serían las cosas, por el contrario (y éstos serían los ejemplos que deberían haber sido solucionados, para proporcionar una réplica convincente a las críticas que se hacen a la «solución flexibilizadora»), si la policía se hubiera encontrado en casa de un sujeto la cosa de la que se había visto privado el propietario y no supiera cómo llegó allí: en tal caso, e incluso aunque supiéramos que el dueño de la casa ha cometido varias acciones de hurto, a falta de ulteriores conocimientos sobre si fue esa una las cosas que hurtó (precisamente, sobre cómo se desarrolló la cadena causal), sólo las presunciones —por muy razonables que las mismas nos puedan parecer— permitirían conectar la presencia de la cosa desaparecida en la casa con una acción de hurto del dueño de la misma²¹. O, en los ejemplos del homicidio y de las lesiones: si, en vez de colocar frente a ellos a juristas del siglo XVII (al fin y al cabo, bastante racionalistas ya, aun cuando no conocieran la gravitación), les enfrentásemos seres incapaces de entender que, aquí, los objetos dotados de masa caen hacia la Tierra, entonces esos seres empezaría a investigar por qué se rompió un cráneo o se desfiguró una cara. Y, nuevamente, sólo una investigación acerca de la cadena causal (como he dicho, de sus eslabones y de las leyes fenoménicas que los conectan en relaciones causa-efecto) permitiría a esos ignorantes seres llegar a percatarse de que tales resultados los produjeron, respectivamente, una piedra y una masa de agua que cayeron —para ellos, inesperadamente — hacia abajo²².

²¹ De tal modo que puede suceder (y cualquier conocedor de la realidad judicial admitirá que no estoy fantaseando en exceso) que se demuestre posteriormente que un conocido ladrón, sin embargo, no había robado precisamente esa cosa.

²² Algo similar se podría decir respecto de los casos que GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 335, plantea como ejemplos críticos para las concepciones «jurídicas» o probabilísticas de causalidad: al margen de que podamos estar de acuerdo en la crítica (vid. infra), poco pueden decir a favor de la misma sus ejemplos. Pues, primero, varios de ellos (el del acceso carnal y el de la falsedad documental) se refieren a tipos penales que por regla general son considerados como delitos de mera actividad, en los que se suele afirmar que no es preciso constatar la existencia de relación de causalidad alguna (entre acción y resultado); o, por mejor decir, que, al no existir en la descripción típica un resultado conceptualmente separable de la propia acción delictiva, la constatación del momento causal (qué movimiento corporal humano fue el que constituyó el acceso carnal o la acción falsaria) tiene más que ver con lo que en otro lugar denominé «proceso de adscripción» de las consecuencias de la acción a la propia acción, de carácter analítico (vid. PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1999, pp. 80-85, con ulteriores referencias), antes que con un problema causal —de evidencia empírica— propiamente dicho. Pero es que, en segundo lugar, y ciñéndonos ya a la cuestión propiamente causal que Gimbernat Ordeig

c) Así pues, un juzgador que se enfrenta a un resultado típico y tiene que explicarlo (en términos causales) necesita siempre un fondo de leyes fenoménicas que le permitan conectar, y hacerlo a título de causalidad (puesto que, evidentemente, otras conexiones son también posibles: señaladamente, la de probabilidad), dicho resultado con alguna acción humana anterior. Naturalmente, en la mayoría de las ocasiones los problemas que ello plantea se derivan del desconocimiento de la existencia de la acción causante (dificultad a la que hace frente la investigación criminalística, cuya misión es identificar la acción delictiva y al autor de la misma), mientras que la existencia de conexión causal entre dicho resultado y cierto género de acciones está asegurado por leyes fenoménicas suficientemente contrastadas. Sin embargo, el caso que ahora nos ocupa es, precisamente, el contrario: aquél en el que, siendo posible determinar las acciones anteriores, resulta difícil conectarlas *causalmente* con el resultado típico, por faltar un conocimiento suficiente acerca de las leyes fenoménicas que deberían sustentar dicha conexión.

En este supuesto, la solución de dar por probada la relación de causalidad únicamente sobre la base de la coincidencia temporal entre acción y resultado²³ me parece una respuesta harto insuficiente. Pues, en efecto, ha de resultar obvio que la mera coincidencia temporal carece, prácticamente, de cualquier potencialidad explicativa en términos causales. Es decir, que, en ausencia de un fondo de leyes fenoménicas (causales) aplicables, el mero hecho de que dos fenómenos coincidan en el tiempo (aparezcan y desaparezcan *aproximadamente*²⁴ al mismo tiempo)

plantea (en el caso restante, el del homicidio por decapitación), ocurre que la afirmación de que «a la víctima decapitada (...) no le corta la cabeza (...) una norma o una probabilidad, sino algo tan concreto y material como (...) un hacha», siendo cierta, no deja de resultar inútil como argumento. Ya que, nuevamente, el problema no es constatar tal explicación causal cuando ya conocemos exactamente lo sucedido y las leyes causales que lo rigen, sino decidir cómo vamos a hallar tal explicación cuando desconocemos qué fue lo que produjo el resultado (aquí, la decapitación): y, entonces, la duda es si la explicación ha de fundarse en estipulaciones jurídicas, en coincidencias probabilísticas o —como yo sostengo— únicamente en leyes fenoménicas de carácter determinista. Respecto de esta cuestión, que es la problemática, la constatación de la obviedad de que la decapitación por un hacha tiene su causa en el hacha —mejor: en el movimiento corporal que mueve el hacha— nada añade.

²³ Que parece ser, sintéticamente, la propuesta de solución de GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 333-334, sin duda mucho menos compleja y detallada que la que el TS elaboró en la STS 23-4-1992 (A. 6783), a partir de la que ya había preconizado la SAN 20-5-1989 (vid. APen 1989, pp. 1391 ss.).

²⁴ La precisión no es baladí, dado que GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 333-334, hace tanto hincapié en la cuestión de la coincidencia temporal: en la mayoría de las ocasiones (y también, desde luego, en el «caso de la colza») es imposible establecer una coincidencia temporal absoluta entre la presunta causa y el presunto efecto.

no dice aún nada sobre su conexión causal²⁵. Más propiamente, sí que dice algo, aunque insuficiente: tan sólo que la relación causal es posible; pero no, desde luego, que exista. De igual modo, en el «caso de la colza», el hecho de que, en general (y aproximadamente)²⁶, coincidieran en el

También dicha coincidencia temporal absoluta carecería, como en el texto se indica, de potencialidad explicativa suficiente desde el punto de vista causal; y mucho menos, entonces, habrá de tener una coincidencia meramente aproximada.

²⁵ Por lo demás, esto ya lo señaló, hace mucho tiempo, HUME, *Investigación sobre el conocimiento humano*, 1748, trad. J. de Salas Ortueta, Alianza Edt., 1980 (reimpr. 1994), pp. 99-101.

²⁶ Una precisión: GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 333, n. 177, me acusa de «no respetar los hechos probados de la sentencia», por hacer referencia (PAREDES CASTAÑÓN, *Rev. Fac. Ciencias Humanas y Sociales UPNA 1* (1994), p. 220; pero cfr., igualmente, y aunque GIMBERNAT ORDEIG, *ibid.*, no lo cite, PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, p. 55, reproduciendo las argumentaciones de las defensas) a la desviación estadística existente entre casos comprobados de consumo de aceite de colza y los de síndrome tóxico. Sin duda, es arriesgado discutir sobre hechos probados sin tener a la vista los autos, sino sólo la sentencia misma. No obstante, sí me atrevo a decir lo siguiente: que, contra lo que parece deducirse de la frase que entresaca Gimbernat Ordeig de la STS 23-4-1992, en los recursos de casación de las defensas (más concretamente, y según la misma STS, en el de J. M. Bengoechea Calvo), se realiza efectivamente un cuestionamiento de la forma en la que se llevó a cabo el estudio epidemiológico que permitió concluir la correlación entre consumo de aceite y síndrome tóxico. En concreto, dice la STS (Fundamento Jurídico Segundo): «También desde el punto de vista del método de las investigaciones epidemiológicas se afirma (scil. por parte del recurrente) que los estudios no se hicieran (sic) en relación a grupos familiares consumidores del aceite, sino en relación a personas individuales. Faltaría, por tanto, una comprobación de los casos en los que se ingirió el aceite y no se produjo la enfermedad»; a partir de este cuestionamiento, concluía el recurrente que no se estudió con detenimiento el caso de quienes consumieron aceite sin contraer el síndrome tóxico. Del mismo modo, tres párrafos más abajo, dice la STS: «A continuación la defensa objeta la falta del mínimo sustento epidemiológico respecto de los casos de síndrome tóxico comprobados en Sevilla, cuestionando que se pueda afirmar el consumo del aceite por la familia Moreno Anaya y Lafarque Rangel (...)». Es decir, que las defensas sí plantearon el hecho de que había casos de consumo sin enfermedad y, al contrario, de enfermedad sin consumo —comprobado— de aceite. Cuestiones todas éstas a las que, hasta donde se me alcanza, solamente se responde de manera clara en la SAN 20-5-1989, en su Fundamento Jurídico 2.3.1, cuando se afirma, primero, la falta de credibilidad de las afirmaciones (en los supuestos en los que los afectados declararon no haber consumido aceite) y, segundo, que el caso de consumo sin enfermedad es «explicable por la diferente susceptibilidad de las personas» (este último argumento —no así el primero— es reproducido luego por el TS). Todo lo cual puede ser razonable (y, sin duda, el tribunal juzgador, en virtud de la inmediación, tenía más medios para saber si lo era), pero, en mi opinión, *deja sin motivación suficiente la valoración de la prueba que se está realizando*: no basta con considerar una posible explicación («explicable»), sino que la misma debería apoyarse en pruebas concretas, que, al parecer, no tuvieron lugar. Que es lo que las defensas criticaban en sus recursos, y lo que sustentaba también mi constatación —todo lo cautelosa que se quiera, pero basada en cualquier caso en pasajes concretos de las resoluciones judiciales— sobre los hechos. Así, y aunque, naturalmente, los hechos dados por probados en una sentencia firme, como

tiempo y en el espacio los actos (comprobados) de venta del aceite y la detección de síntomas de lo que luego se dio en llamar «síndrome tóxico»²⁷, indica, desde luego, a cualquier ciudadano medianamente perspicaz que *puede haber* una conexión. Mas ese ciudadano perspicaz e intuitivo se volvería temerario si, sobre esa única base, afirmara rotundamente la existencia de una conexión causal. Pues, para poder realizar fundadamente esta última afirmación, debería conocer alguna(s) ley(es) fenoménica(s) que establezca(n) con seguridad la conexión entre uno y otro fenómeno. En otro caso, la afirmación de la relación de causalidad es una presunción, no una certeza (como exigen, sin embargo, que exista las reglas de la prueba en nuestro proceso penal). Ya que son perfectamente plausibles dos cosas: primero, que, al mismo tiempo que la venta del aceite, coincidieron aproximadamente con la aparición de los síntomas del síndrome tóxico también otros fenómenos²⁸; y segundo, que no sólo simultánea, sino también con anterioridad a la aparición de los primeros síntomas es muy probable que hubiera también algunos otros fenómenos que acaso podrían ser idóneos para explicar también una enfermedad como la descrita. En cualquier

la presente, cierran la cuestión en el ámbito judicial —salvo los supuestos de aplicación del recurso extraordinario de revisión—, con efectos vinculantes para el caso concreto, esto no puede clausurar la discusión científica sobre si el procedimiento judicial de prueba y de valoración de la misma ha sido o no adecuado. De otro modo, si, con Gimbernat, asumiéramos como sacrosantos (esto es, no sólo procesalmente vinculantes, sino sustraídos a toda discusión metodológica) dichos hechos probados, estaríamos convirtiendo lo que son reglas procesales (la libre valoración judicial de la prueba y la sustracción de dicha valoración al recurso de casación) en atribuciones libérrimas al juez de una competencia de valoración excluida de cualquier necesidad de fundamentación racional o de discusión teórica, lo que difícilmente se compadece con las aspiraciones garantistas que nuestro proceso penal asume como propias.

²⁷ Ninguna de las dos matizaciones que se acaban de hacer (actos *comprobados* de venta de aceite, aparición *de los síntomas* del síndrome tóxico) carece de intención, puesto que, como a continuación diré, sin un fondo de conocimiento de leyes fenoménicas, la mera coincidencia temporal *de los indicios visibles* de dos fenómenos ni siquiera garantiza la plena coincidencia temporal del conjunto de ambos fenómenos, que pueden haberse venido desarrollando de manera aún no visible. Ciertamente que ello quedaría fuera del campo de consideración del juez penal (lo que no se puede probar no puede existir para el juzgador), pero demuestra nuevamente que el criterio de la coincidencia temporal, por muy intuitivo que parezca, puede llevar fácilmente a resultados erróneos.

²⁸ No hace falta recordar la multiplicidad de hipótesis explicativas del síndrome tóxico que recorrieron el país desde el año 1981, y todas ellas se basaban también —más o menos razonablemente, ésa es otra cuestión— en la coincidencia temporal aproximada entre la aparición de los síntomas del síndrome tóxico y la venta de ciertas aves, el consumo de ciertas frutas o verduras, ciertos accidentes de aviación en bases militares, etc. En ausencia de cualquier conocimiento sobre leyes fenoménicas causales, un juez estaría inerte para discriminar el grado de verosimilitud de cada una de las hipótesis.

caso, no se trata ahora de que cualquiera de estas explicaciones alternativas sea o no correcta (probablemente no lo son): la cuestión es que, a falta de conocimientos causales suficientes, sólo con el criterio de la coincidencia temporal nos veremos incapaces de descartarlas.

Pero, naturalmente, cuando se alega el argumento de la coincidencia temporal entre consumo del aceite de colza y síndrome tóxico (en general, entre dos fenómenos), es usual que se esté intentando hacer referencia, siquiera sea implícitamente²⁹, a otro argumento diferente: que, además de la coincidencia temporal, es posible constatar una conexión probabilística entre ambos fenómenos; que, aun cuando no existan datos bastantes para asegurarlo, es probable que el síndrome tóxico haya sido causado por el consumo de aceite de colza «desnaturalizado».

Debe observarse, sin embargo, que esta segunda formulación del argumento contiene en sí una cierta ambigüedad, en la medida en que no distingue con claridad dos aspectos de la cuestión que han de resolverse por separado y con métodos diferentes: de una parte, el de si basta, para afirmar una relación de causalidad, que se pueda establecer, *con certeza*, que estadísticamente a una cierta acción le acompaña frecuentemente —aunque no siempre— un determinado resultado; y de otra, el de si basta, para dar por probada una relación de causalidad, el conocimiento aproximativo, y no exacto, de las leyes fenoménicas causales que sustentan dicha prueba y, en tal caso, cuál ha de ser el grado de aproximación de dicho conocimiento a la certeza total. Nuevamente, se confunden aquí un aspecto material (qué es causalidad: probabilidad o conexión necesaria) con otro procedimental o metódico (con cuánta exactitud hay que conocer las leyes causales)³⁰.

Ciñéndome, pues, ahora al primero de los aspectos³¹, diré que, como en su momento defendí³², me parece que una conexión meramente estadística entre acciones y resultados difícilmente puede calificarse aún de suficiente para afirmar la causalidad (en el sentido que este término posee en las ciencias empíricas) en todos y cada uno de los casos en los que el resultado se ha producido... especialmente, claro está, en aquellos casos en los que no ha podido demostrarse la conexión, por

²⁹ Ello queda mucho más claro en las argumentaciones de la SAN 20-5-1989 y de la STS 23-4-1992.

³⁰ Me ocupé ya de esta confusión en PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 167-168, n. 40; el mismo, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 112-113.

³¹ Sobre el otro, vid. *infra*.

³² PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 114-118.

faltar la prueba del consumo de aceite³³. Volviendo a nuestro ejemplo, si, como alegaron las defensas, hubo casos de síndrome tóxico en los que no se pudo comprobar la presencia de consumo de aceite, difícilmente podrá afirmarse en los mismos tal relación de causalidad. Y esta imposibilidad deberá hacer tambalearse nuestra convicción sobre la existencia de dicha relación en el resto de los casos, a no ser que hallemos alguna explicación (también causal) para esa desviación estadística: en el caso de quienes no enfermaron, porque, por ejemplo, los sujetos en cuestión consumieron menos aceite, eran especialmente fuertes,...; o, en el caso de quienes no está probado que consumieran aceite, porque hubo algún otro factor que explica los síntomas que sufrieron y que fueron calificados también como «síndrome tóxico»³⁴. O, por supuesto, salvo que decidamos ignorar el concepto científico de causalidad y —precisamente— flexibilizarlo a los efectos de los delitos de lesión y del proceso penal sobre los mismos (que es lo que se viene criticando).

d) Pero es que hay más. Probablemente a mi crítico se le haya pasado por alto una exigencia adicional —y todavía más restrictiva, por lo tanto— que yo introducía a la hora de dar por probada una relación de causalidad (y que, obviamente, tampoco se cumplió en el «caso de la colza»): a saber, que, incluso cuando exista un conocimiento causal

³³ Se han adherido más recientemente a mi opinión, CUELLO CONTRERAS, *DPer*, I, 1996, p. 462-463; TORIO LÓPEZ, *Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización*, LH-Casabó, II, 1997, pp. 922-923; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, II, 6ª ed., 1998, pp. 54-55, n. 16. Y mantienen una opinión similar en la última doctrina alemana, VOLK, *Kausalität im Strafrecht*, *NSStz* 1996, pp. 108-110; DAXENBERGER, *Kumulationseffekte*, 1997, pp. 45-46; DENICKE, *Kausalitätsfeststellung im Strafprozeß*, 1997, pp. 84-88, 99-100; HAMM, *Der strafprozessuale Beweis der Kausalität und seine revisionsrechtliche Überprüfung*, *StV* 1997, pp. 162-164. Por el contrario, DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad*, 1994, pp. 81-82, no ve inconveniente alguno en acudir a leyes fenoménicas meramente probabilistas; y HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Responsabilidad por el producto*, 1995, pp. 93-95, tampoco, al menos en tanto se garantice luego la vigencia del principio de responsabilidad individual, mediante la aplicación estricta del concepto restrictivo de autor (sobre esta cuestión, vid., en general, DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996), y del principio de responsabilidad subjetiva. En sentido similar, en la doctrina alemana reciente, HILGENDORF, «*Gesetzmäßiger Zusammenhang*» in *Sinne der modernen Kausallehre*, *Jura* 1995, pp. 521-522; WOHLERS, *Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung*, *JuS* 1995, pp. 1023-1024; HOYER, *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung*, *GA* 1996, pp. 169-172; MÜLLER, *Anscheinbeweis im Strafprozeß*, 1998, pp. 189-190.

³⁴ Obviamente, puedo admitir que la condición de que la ley fenoménica sea determinista (no meramente probabilística), para poder ser causal, puede relajarse algo en supuestos en los que la probabilidad sea rayana con 1 (100 %). En cualquier caso, en las condiciones reales de un proceso penal ello prácticamente no altera los efectos prácticos de mi concepción.

más o menos seguro y de carácter determinista, sea posible descartar explicaciones causales alternativas³⁵. Ello es debido, de una parte, a la peculiar función que cumple el concepto de causalidad en los procesos penales en relación con delitos de lesión³⁶ y, de otra, a la posibilidad —abstracta al menos— de que existan otras leyes causales que puedan explicar idénticamente un mismo resultado típico. En un ejemplo: un mismo envenenamiento (lo que, al cabo, parece que era el síndrome tóxico), con iguales síntomas, puede originarse en el consumo de distintos venenos, que en alguna ocasión puede casualmente concurrir en una misma persona más o menos al mismo tiempo³⁷. De tal manera que, si no somos capaces, según nuestro conocimiento causal, de descartar al veneno *B* como causante (quedando, pues, sólo el veneno *A*), entonces nos hallaremos ante un *dubium*, en ocasiones irresoluble. Del mismo modo, en el «caso de la colza», donde es sabido que los peritos manejaron diversas hipótesis explicativas acerca de la relación de causalidad, el tribunal juzgador debería haber realizado un esfuerzo argumentativo, en la valoración de la prueba, para demostrar por qué una hipótesis era preferible a las otras y, más aún, por qué las restantes resultaban rechazables; y no, como efectivamente hizo, ampararse en el principio de la libre valoración de la prueba por el juzgador para proclamar su soberanía absoluta en esta materia (confundiendo, de nuevo, dos problemas: el de quién valora las pruebas —que en nuestro sistema es el juez, y no la ley— y el cómo ha de valorarlas)³⁸.

e) No es posible, pues, establecer de manera comprobada —suficientemente motivada— la existencia de una relación de causalidad entre dos fenómenos (aquí, entre una acción humana y un resultado típico) sin acceso a un conocimiento de leyes causales que justifiquen la existencia de tal conexión. Y, a mi entender, un conocimiento de esta índole sólo existe en Derecho Penal cuando existe alguna ley fenoménica que permite conectar de manera constante los dos géneros de fenómenos (la acción y el resultado: el consumo de un cierto aceite y un determinado «síndrome»); o, cuando dicha conexión constante se quiebre en

³⁵ PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 99-108.

³⁶ Vid., al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 61-75, 100-102.

³⁷ No hablo, por supuesto, de los casos de autoría accesoria del envenenamiento, sino más bien de aquellos otros denominados de «causalidad acumulativa», en los que cada una de las dosis de veneno era de por sí suficientemente idónea, según el conocimiento causal existente, para provocar el resultado típico. Vid., al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 109-110.

³⁸ Vid., sobre esta cuestión, ampliamente, PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 61-75.

algún caso, si existe además alguna otra ley que permite explicar la desviación. Y si, en segundo lugar, podemos excluir igualmente cualquier otra explicación de carácter causal, por no existir ninguna otra ley fenoménica que pudiera conectar de modo también constante ambos fenómenos.

Se trata, por lo tanto, y en resumidas cuentas, de que todos aquellos argumentos, ejemplos e intuiciones que se acaban de criticar, que parecen obedecer sin duda alguna al «sentido común», ocultan dos dificultades que he intentado poner de manifiesto en mis réplicas. Primero, ya lo he dicho, son engañosos en ocasiones, aparentando demostrar más de lo que en realidad demuestran. Y, segundo, y en todo caso, aun cuando fueran materialmente correctos³⁹, seguirían dejando mucho que desear desde el punto de vista de las exigencias de motivación de las decisiones judiciales y de respeto al principio de legalidad penal (que pide que no se aplique el tipo a hechos no subsumibles en su tenor literal, tenor que en los delitos de lesión exige la presencia de una relación de causalidad). Y, en último extremo, pues, desde el punto de vista de la racionalidad de las decisiones judiciales y las garantías de los ciudadanos.

2.4. Permítaseme que apunte aquí, antes de finalizar, dos cuestiones que, aun no habiendo sido abordadas en la crítica a la que ahora replico, me parecen capitales en el desarrollo de mi concepción, aunque acaso también de las más discutibles:

a) En primer lugar, desearía realizar alguna precisión más acerca del *grado de determinación de la cadena causal* que es necesario para poder dar por probada una relación de causalidad. Pues, en efecto, parece obvio que no es razonable exigir el conocimiento completo de todos y cada uno de los pasos que han llevado desde la acción hasta el resultado, y además con todo lujo de detalles⁴⁰. Sin embargo, esto no es en absoluto necesario. Como ya apunté en otro lugar (y acabo de reiterar en una formulación general), basta (pero también es imprescindible)

³⁹ Decía ya en PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, p. 131, que la decisión adoptada en el «caso de la colza» por nuestros tribunales «probablemente —y, ante la falta de una motivación suficiente, sólo puede decirse así—, fue sustancialmente correcta». Es decir, mi intuición me indicaba que es muy probable que nuestros tribunales acertaran, aproximadamente al menos, en la atribución de responsabilidades a los aceiteros (algo muy diferente debería decirse de lo que hicieron en relación con los funcionarios de la Administración posteriormente encausados). En cualquier caso, no me parecía ni me parece que mi intuición tuviera un gran valor como argumento dogmático y como garantía de racionalidad, por lo que intenté ponerlo de manifiesto.

⁴⁰ Así lo indica también GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 331-332.

con que haya alguna ley que nos permita conectar causalmente acción y resultado⁴¹. Esto, a veces, se logra porque, efectivamente, existe tal ley causal: por ejemplo, la que conecta el disparo en el corazón con la muerte. En otras ocasiones, sin embargo las cosas no son tan sencillas, no existiendo una ley causal de estas características. En tal caso, caben dos posibilidades. Primero, que se pueda establecer la relación de causalidad «por partes» («por eslabones»): así, y en el caso más sencillo, si una ley causal permite conectar la acción humana con un fenómeno (intermedio) que se pudo constatar y, luego, hay otra ley que conecta dicho fenómeno con el resultado típico. Ejemplo (desgraciadamente, hipotético): si, en el «caso de la colza», se hubiera podido constatar efectivamente que quienes consumieron aceite habían sufrido inicialmente una serie de síntomas (determinándose sin lugar a dudas, médicamente, que tales síntomas eran debidos al consumo de aceite) y, luego, se hubiera podido establecer también sin lugar a dudas (esto es, sin excepciones o con una explicación alternativa para dichas excepciones) que esos síntomas sólo se producían en personas que luego acabaron por manifestar el síndrome tóxico; entonces, sería irrelevante, a efectos penales, el conocimiento de la explicación bioquímica de por qué el aceite llevó al síndrome tóxico y la relación de causalidad se podría considerar comprobada. El problema es que muchas veces esta comprobación «por partes» de la relación de causalidad no es posible: porque, como en el «caso de la colza», no se conoce ninguno de los pasos intermedios (si es que los hubo) que condujeron del consumo de aceite a la enfermedad. Entonces, a falta de cualquier ley que conecte ambos extremos de la (presunta) cadena causal, y a falta también de leyes que conecten causalmente las distintas partes de la misma, afirmar que ha existido una relación de causalidad es más una presunción que una certeza real. Pero, naturalmente, cuando cualquiera de esas formas de explicación causal sea posible, porque existe el conocimiento causal suficiente, entonces no hará falta, desde el punto de vista penal, llegar a determinar cómo tuvieron lugar cada uno de los eslabones intermedios de la cadena: la trayectoria del disparo hasta el corazón de la víctima sólo importa cuando no estamos seguros de si podemos conectar ese disparo con la bala que la mató; si, por el contrario, los exámenes balísticos nos confirman que fue la misma bala la que salió de la pistola y la que (naturalmente, sin ulterior manipulación: ésta es la exclusión de las explicaciones causales alternativas) mató a la víctima, entonces no nos importa la trayectoria exacta que esa bala describió.

⁴¹ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 97-98.

b) La segunda cuestión a la que quería referirme es de carácter procesal. Y es que, en efecto, acaso el problema central del «caso de la colza» (y, en general, de muchos de los casos que suscitan problemas similares en materia de causalidad) sea el de la *valoración de dictámenes periciales discrepantes* en una materia eminentemente técnica, cual era la química y médica, en la que el juzgador tiene que valorar las pruebas presentadas —señaladamente, dichos dictámenes— conforme a los «conocimientos científicos» existentes, no pudiendo —no debiendo— valorarlas libérrima e infundadamente⁴². En supuestos como éste, es evidente que no resulta posible establecer ninguna regla general que determine cómo han de valorarse dichas pruebas (precisamente por eso ha huido el proceso penal moderno del sistema de valoración legal de la prueba). Ahora bien, ello no implica (mejor: no debe implicar)⁴³, contra lo que sostiene el TS en la sentencia del caso, que el órgano juzgador, una vez constatados los hechos mediante la práctica de las correspondientes pruebas (éstas sí sujetas a las exigencias metodológicas de las ciencias empíricas), en el momento de su valoración (de la práctica de las inferencias que llevan de la evidencia empírica a su explicación), no esté ya sometido a restricción alguna de índole metodológica (científica), y sí solamente a los propios criterios jurídicos, «*como una auténtica cuestión de derecho, dado que este aspecto normativo admite muy diversas determinaciones en las ciencias naturales*». Es decir, no resulta aceptable afirmar que basta con realizar las pruebas médicas, químicas o epidemiológicas conforme a las reglas metódicas de las correspondientes disciplinas científicas, y que la valoración de los resultados de

⁴² Vid. las observaciones y matizaciones que apunto en PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 67-72.

⁴³ Nuevamente, introduzco una matización: parece claro que, hoy por hoy, no existe una concepción consolidada, coherente y completa, ni en doctrina ni en jurisprudencia, acerca de los elementos ineludibles que ha de contener una sentencia penal condenatoria que se ajuste de forma plenamente satisfactoria a las exigencias en materia de garantías que un Estado de Derecho implica. Hay, evidentemente, consenso acerca de ciertos vicios inadmisibles: ausencia total de motivación, incongruencia, ausencia de una «mínima actividad probatoria», etc. Sin embargo, en la cuestión que ahora nos ocupa, que es, en definitiva, la de la valoración de la prueba y, sobre todo, la de la motivación de los hechos probados en la sentencia, dicho consenso no parece existir. Por ello, no quiero dejar de advertir que lo que se afirma a continuación en el texto no es sino una cierta forma de concebir la solución a dichos problemas: en mi opinión, la solución que resulta más próxima a tesis garantistas (vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa* 12 (1992), pp. 257 ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trad. P. Andrés Ibáñez/ A. Ruiz Miguel/ J. C. Bayón Mohino/ J. Terradillos Basoco/ R. Cantarero Bandrés, 1995, pp. 36-38, 42-44, 45-54, 69-70, 129 ss., 537 ss.) y, por ello, la que más me convence. No obstante, no puede ignorarse que caben otras soluciones diferentes —menos garantistas, a mi entender—, que precisamente suelen gozar de mayor predicamento en una jurisprudencia acuciada por «necesidades prácticas».

dichas pruebas debe ser realizada libremente —en el sentido que el TS dio a este término— por el juez, que es quien decide cuándo «*es posible admitir que la ley causal ha sido correctamente formulada*». Y no resulta aceptable esta solución desde el punto de vista de las garantías procesales (aunque sea, desde luego, una cómoda opción en términos prácticos) porque, si esa libertad es ejercitada efectivamente por el juzgador (y, por consiguiente, las inferencias acerca de la causalidad en el proceso penal se separan —*contra reo*— de una manera significativa de aquellas que serían lícitas según las concepciones admisibles para la Metodología de las ciencias empíricas), el resultado conllevará necesariamente un déficit en la motivación de los hechos probados: si la causalidad de la que hablan los tipos penales de lesión es la misma con la que operamos en la vida cotidiana y es la misma con la que operan los científicos, cualquier solución adoptada por un juez penal en contra de dichas concepciones científicas desbordará el ámbito de lo descrito por el tipo y, por consiguiente, las garantías del proceso penal.

En otro orden de cosas, ocurre que esta separación tajante de los métodos a emplear por el órgano juzgador en las etapas de práctica y de valoración de la prueba responde a una concepción totalmente trasnochada de ciencia: a saber, a un concepto empirista, en el que las ciencias se limitan a obtener evidencias empíricas, sin analizarlas. Y, sin embargo, es sabido que, hoy, la actividad del científico se extiende también a este último momento, el del análisis, puesto que ya desde las críticas de Kant al empirismo⁴⁴ —y más aún, desde luego, en la filosofía contemporánea de la ciencia— ha quedado claro que los meros datos empíricos, sin interpretación carecen de significado; y que, por ello, el científico debe, si desea construir un conocimiento digno de tal nombre, no sólo obtener datos, sino también interpretarlos⁴⁵. Y que, por consiguiente, y en lo que a nosotros nos importa ahora, también la etapa de análisis e interpretación de los datos empíricos (lo que en el proceso penal se corresponde con el momento de la valoración de las pruebas) ha de regirse por estrictas reglas metódicas, que garanticen el carácter verdaderamente científico de las conclusiones extraídas.

De hecho, debe observarse que, en el propio «caso de la colza», y pese a la proclamación de principio de la soberanía del órgano juzgador en la fase de valoración de la prueba, luego el propio TS se esfuerza, en la efectiva valoración que realiza en el caso concreto, por ajustarse en lo posible a las exigencias metodológicas que las ciencias empíricas

⁴⁴ Vid. KANT, *Crítica de la razón pura*, 1787, ed. P. Ribas, Edt. Alfaguara, 1978 (reimpr. 1986), pp. 161-171, 602-608.

⁴⁵ Vid., por todos, POPPER, *La lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez de Zavala, 1967 (reimpr. 1982), *passim*, esp. pp. 101-106.

imponen. Prácticamente nada queda, pues, en la práctica de esa proclamada libertad de valoración... salvo, precisamente, la libertad para desviarse de las exigencias científicas allí donde los datos empíricos son insuficientes para respaldar la interpretación que el tribunal consideraba intuitivamente correcta. Pero esto, claro está, no es ya valoración de pruebas, sino más bien un intento de «justificar» unos resultados pre-determinados (por la propia intuición) de dicha valoración, en clara violación del principio *in dubio pro reo*.

En cualquier caso, y como ya apunté en su momento⁴⁶, esto no significa sustraer la valoración de la prueba —aquí, de los discrepantes dictámenes periciales— al órgano juzgador, lo cual sería cuando menos procedimentalmente inviable (e inconveniente, además), dada la configuración de nuestro proceso penal. Por el contrario, lo que implica en realidad es la obligación de dicho órgano de motivar su valoración sobre la base de conocimientos científicos: no sólo a partir de aquellos necesarios para realizar en condiciones adecuadas las pruebas mismas, sino también —y he aquí lo novedoso— de los que se refieren a cómo puede y cómo no puede realizarse una inferencia válida (acerca de la causalidad). Esto significa, en definitiva, introducir en el proceso penal, además de la Medicina, la Química, la Epidemiología,..., como ciencias empíricas que permiten practicar las pruebas, también la Metodología de la Ciencia, la Epistemología y, en general, toda la teoría de la ciencia, como disciplinas que indican cuándo una inferencia reviste las características de la inducción o de la deducción científicas, y cuándo no. En nuestro caso: no bastaba con la práctica de pruebas, sino que hubiera sido necesario establecer, frente a los recursos de casación presentados (que las cuestionaban), la auténtica validez, significación y alcance de las pruebas epidemiológicas realizadas (puesto que cualquier usuario medio de la Estadística sabe que la determinación de la población estudiada condiciona sustancialmente los resultados), así como si la Metodología de las ciencias empíricas permitía, a partir de dichos datos, inferir válidamente la existencia indubitada de una relación causal. Respecto del primero de los problemas, hemos de limitarnos a constatar la ausencia de una motivación suficiente en la sentencia; no obstante, respecto del segundo, creo poder afirmar —por lo que en su momento se indicó ya— que la inferencia de una relación de causalidad no era aún posible.

Y no era posible, entre otras razones ya indicadas, porque hubiera sido necesario argumentar en la sentencia (cosa que prácticamente no

⁴⁶ PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 125-128.

se hizo)⁴⁷ acerca de por qué los dictámenes periciales discrepantes respecto de la tesis que fue acogida por el tribunal juzgador (a saber, que podía darse por probada en términos científicos, más allá de toda duda razonable, la relación de causalidad entre el consumo de aceite de colza «desnaturalizado» y el síndrome tóxico) no resultaban convincentes desde el punto de vista científico, excluyéndose así verdaderamente — y no sólo de modo retórico— cualquier otra explicación causal imaginada —por los peritos— y posible. Faltó, pues, también una argumentación en términos metodológicos y epistemológicos acerca de la naturaleza y características de los mencionados dictámenes periciales discrepantes, que motivase adecuadamente la valoración de la prueba que fue adoptada por el tribunal y que justificara la disolución del *dubium* que fundamenta la aplicación del principio *in dubio pro reo* (y, por lo tanto, también la ausencia de la necesidad de aplicarlo).

2.5. Para acabar, deseo realizar dos observaciones —colaterales, sin duda, aunque creo que no exentas de interés— acerca de algunas contradicciones en las que, a mi entender, cae la crítica a la que ahora replico al intentar formular, al final, y en general su concepto de causalidad, en principio alternativo al aquí sostenido⁴⁸:

a) En primer lugar, creo que el reproche —en principio, parece que dirigido contra las tesis más garantistas, como la que aquí se suscribe— de que «últimamente se vuelven a oír voces que conciben la causalidad como un concepto normativo (jurídico)», concepto que se considera pernicioso⁴⁹ (opinión que comparto), habría de volverse precisamente contra quienes, como mi crítico (y, en general, cuantos —también nuestro TS, en el «caso de la colza»— reducen el nivel de exigencia en materia de prueba de la relación de causalidad), intentan dar por buena una concepción de relación causal que, al separarse de la que rige en las ciencias empíricas y es aceptada por su metodología y su teoría general, no podría sino calificarse efectivamente como «concepto jurídico (¿penal?) de causalidad». Dicho concepto me parece, desde luego, inaceptable, al menos mientras los tipos de los delitos de lesión sigan utilizando la expresión «causar» sin ulterior precisión, lo que parece una

⁴⁷ Ciertamente, hay en la STS y, más aún, en la SAN algunas alusiones a los dictámenes periciales discrepantes respecto de la posición adoptada por el tribunal juzgador. Sin embargo, me parece que difícilmente podrá aceptarse que la genérica afirmación de que «se atendió a la formación, experiencia y especialización de los peritos» (SAN 20-5-1989), para decidir sobre su credibilidad, constituya una fundamentación suficiente, en los términos metodológicos y epistemológicos que se acaban de señalar, de la valoración de la prueba pericial realizada.

⁴⁸ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 334-335.

⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 334.

remisión clara a un concepto extrajurídico de causalidad, que no puede ser otro, en nuestra sociedad, que el científico⁵⁰. Pero no creo, por el contrario, que el riesgo de crear ese «concepto jurídico de causalidad» aparezca cuando lo que se pide es, como aquí se hace, el máximo apego del juzgador a las concepciones científicas. No es casualidad, por ello, que uno de los defensores de algo que se asemeja a dicho «concepto jurídico de causalidad», Kuhlen⁵¹, sea también uno de los máximos valedores de lo que he calificado antes como «solución flexibilizadora», que se conforma con un conocimiento aproximativo y probabilístico para dar por probada la relación de causalidad⁵².

b) Otro tanto habría que decir, en segundo lugar, respecto del concepto de causalidad como probabilidad (o causalidad estadística)⁵³. Si algo se ha podido concluir a partir de las páginas anteriores, así como de mis otras contribuciones sobre el tema (y de las de todos los que intentan preservar la aplicación del concepto científico de causalidad en el proceso penal), será precisamente la insuficiencia de las leyes fenoménicas de carácter meramente probabilístico para fundamentar la afirmación de que existe una relación de causalidad probada. Al contrario, entiendo —y he intentado justificarlo— que el recurso a criterios de probabilidad se produce más bien en lo que he denominado «concepción flexibilizadora»: pues, en efecto, no otra cosa puede interpretarse cuando nuestro TS afirma que, para dar por probada la relación de causalidad, basta con comprobar la existencia de correlación temporal entre los dos fenómenos (acción y resultado) «*en un número muy considerable de casos similares*»⁵⁴. De este modo, me parece que la

⁵⁰ Es de otra opinión, sin embargo, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, trad. J. Cuello Contreras/ J. L. Serrano González de Murillo, 2ª ed., 1997, pp. 230-232; y, siguiéndole, RÖH, *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, 1995, pp. 1 ss. Ambos opinan expresamente que también la determinación de la relación de causalidad ha de realizarse con medios jurídicos, normativos.

⁵¹ KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 37 ss.; el mismo, *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte*, NSTZ 1990, pp. 566-567. Como tal representante de la «concepción jurídica de causalidad» aparece citado en GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 334-335, n. 180.

⁵² KUHLEN, NSTZ 1990, p. 567. Curiosamente, Kuhlen, que es criticado por GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 334-335, por su concepción de la causalidad, es traído a colación, sin embargo, páginas atrás, para apoyar sus tesis (que yo he calificado de «flexibilizadoras»): cfr. GIMBERNAT ORDEIG, loc. cit., p. 332, n. 174. Resulta difícil comprender cómo quien está equivocado en general en su concepto de causalidad (y concuerdo yo también en que lo está) puede conducir, sin embargo, a resultados satisfactorios en un caso concreto y especialmente problemático de aplicación de dicho concepto.

⁵³ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 335, criticándolo también.

⁵⁴ Afirmación mantenida también, en sus rasgos básicos (yo diría que aún con mayor extremosidad), por Gimbernat Ordeig, como ya se ha visto.

conveniencia —que comparto— de huir de un concepto probabilístico de causalidad resulta más coherente con las tesis más garantistas y exigentes que con aquellas otras más flexibilizadoras⁵⁵.

3. Acciones y omisiones en el curso de un proceso productivo. Su valoración jurídico-penal

Acaso el primero de los puntos de discrepancia o de malentendido con las críticas recibidas resulte ser el de las pretensiones perseguidas por aquellos de mis trabajos que se critican. Y es que, como he indicado, aun partiendo del supuesto concreto del llamado «caso de la colza», he intentado realizar un estudio algo más general de la problemática general de la responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, dada la escasez de los mismos en España en el momento de aparecer los míos (y de la Prof. Rodríguez Montañés) y nuestra conciencia de la previsible importancia creciente del asunto para el ejercicio de la jurisdicción penal en las próximas décadas. Así, por ejemplo, parece claro que una trama criminal tan artesanal como aquella que dio lugar al «caso de la colza» no hubiera exigido un análisis profundo del problema de la relación entre la responsabilidad penal y la división del trabajo en los procesos productivos y en las actividades empresariales. Análisis que, sin embargo, se intentó en los mencionados trabajos⁵⁶, por

⁵⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 335, n. 181, cita a Puppe como defensora del «concepto probabilístico» de causalidad, que él —y yo— rechazamos. Me parece, sin embargo, que una lectura completa de PUPPE, en *Nomos Kommentar*, 2ª ed., 1998, nn.mm. 120 ss. ante § 13 (pero también, antes, la misma, «Naturgesetze» vor Gericht, JZ 1994, p. 1149: «(...) las regularidades estadísticas, que tanto el BGH en el 'caso Lederspray' como el Tribunal Supremo en el 'caso del aceite de colza' han aplicado como leyes causales, no son en realidad leyes causales»), deja bastante claro que lo que Puppe propone (manteniendo, pues, la coherencia con sus anteriores trabajos en la materia —ampliamente citados por PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 49 ss.—, coherencia de la que en otro caso carecería) no es deformar el concepto de causalidad, sino reconocer como forma de imputación jurídico-penal de resultados, al lado de la causalidad, otra segunda sin base causal, apoyada exclusivamente en criterios de probabilidad; acogiendo, en definitiva, con ello la teoría del incremento del riesgo como forma —alternativa— de imputación objetiva de resultados. La propuesta de Puppe es, pues, introducir claridad metodológica en el juicio de imputación objetiva, sin intentar flexibilizar ilegítimamente el concepto de causalidad. Cuestión distinta es que esta propuesta (digna de reflexión, desde luego, *de lege ferenda*: vid. ya PAREDES CASTAÑÓN, loc. cit., pp. 77-78, n. 105) tenga cabida, como Puppe intenta demostrar, en el actual tenor literal de los tipos penales de los delitos de lesión, lo que me parece más que discutible.

⁵⁶ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), pp. 427 ss.; el mismo, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 133 ss.; el mismo, en MIR PUIG/ LUZÓN PEÑA (coords.), *Empresas*, 1996, pp. 289 ss.

entender que era, pese a todo, interesante para otros futuros supuestos. Esta es la razón de que, a mi entender, aquello que se me critica a este respecto —y, de todas formas, malentendiéndolo— como una solución inaceptable para el caso concreto no haya pretendido nunca serlo (como creo que una lectura detenida de los trabajos citados indica), sino más bien un esfuerzo por profundizar en un problema muy complejo —y, de cualquier manera, se observará que casi siempre planteando las cuestiones de manera hipotética, y no terminante— a partir de un caso de responsabilidad por productos defectuosos que era ciertamente algo atípico (pero que era el más importante del que disponíamos en la jurisprudencia española)⁵⁷.

3.1. Vayamos, pues, por partes. En primer lugar, no es cierto que yo diga que el «caso de la colza» debería haberse solucionado totalmente como un supuesto de omisión⁵⁸. En efecto, ocurre que las tres citas que se realizan de mis trabajos a este respecto son inexactas: no en cuanto a su contenido, pero sí en cuanto al contexto del que se extraen, que no estaba referido específicamente al problema de *la omisión en el «caso de la colza»*, sino unas veces a la omisión en general (es decir, en procesos productivos y supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos) y otras a problemas diferentes del de la omisión. Y además tales citas son incompletas, con lo que por tanto deforman totalmente en muchas ocasiones mis opiniones. Veámoslo.

En primer lugar, Gimbernat omite citar el planteamiento general de las partes de mi trabajo de que se ocupa. Dichos apartados eran el IV, sobre «la prohibición de crear riesgos no permitidos», y el V sobre «el deber de controlar las actuaciones de terceros»; y dicha división se basa en la idea de que puede haber responsabilidad por causación activa cuando la conducta cree un riesgo no permitido, y, en su defecto, pero sólo en su defecto, responsabilidad por el incumplimiento de deberes de vigilancia de actividades de terceros. En efecto, en la introducción al apartado IV se dice textualmente: «la solución depende, en realidad, de la respuesta que se dé a dos preguntas (...): primero, a la de si la contribución causal *directa* del sujeto a la producción del resultado (sus gestiones para distribuir el aceite⁵⁹) fue de por sí imprudente; y segundo, a la de si, en otro caso, incumplió algún otro deber (señaladamente,

⁵⁷ Sí que creo, por el contrario, aplicables en su mayor parte al «caso de la colza» los razonamientos que he expuesto en materia de causalidad. Vid., al respecto, supra 2.

⁵⁸ Así, sin embargo, GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 326-329; el mismo, *Revisión*, RDPCr 3 (1999), p. 397, n. 15.

⁵⁹ Este inciso entre paréntesis demuestra la inexactitud de la acusación de GIMBERNAT, *Ensayos*, 1999, p. 328, de que yo no tuve en cuenta la posible responsabilidad del sujeto por causación activa del resultado al haber distribuido un aceite adulterado.

su deber de vigilancia de las actividades de terceros: *culpa in vigilando*) de modo imprudente, y por ello ha de responder igualmente»⁶⁰.

Pues bien, en el primero de los casos⁶¹, estaba hablando yo del problema del riesgo permitido: así, me planteaba la incidencia del cumplimiento de los requisitos administrativamente exigidos en la valoración como imprudente de una conducta⁶². Pero, desde luego, y al margen de que mi opinión a este respecto sea o no correcta, ello en principio sería independiente de la cuestión de si la conducta es activa u omisiva, puesto que el problema de la determinación de la eventual imprudencia afecta (casi) por igual a acciones y a omisiones. Pero es que además: de esta parte de mi trabajo (ap. IV) Gimbernat sólo cita la siguiente frase inicial: «puesto que parece probado que el reo había cumplido escrupulosamente con los requisitos administrativamente exigidos en materia de comercialización de aceites comestibles», con lo que quien no haya leído directamente mi artículo obtendrá probablemente la impresión de que yo sostenía que ya por ese dato no había imprudencia alguna en la conducta de causación del resultado por distribución del aceite. Lo que se ha omitido curiosamente es añadir toda la continuación de esa frase inicial mía a lo largo de varias páginas: en ellas digo que (dado que se habían cumplido los requisitos administrativamente exigidos) la conducta podría considerarse penalmente imprudente si no fuera una de las subsumibles en el ámbito de aplicación de dichas normas administrativas, lo que dependería de si se estaba ante una situación normal o ante una situación excepcional; y ante una situación excepcional planteaba que era posible cometer imprudencias penales amparándose en normas administrativas de control de riesgos, en otras palabras, que se podía cometer fraudes de ley, dolosos o imprudentes, utilizando dichas normas administrativas. Y

⁶⁰ PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), p. 427.

⁶¹ Eso ocurre en PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), p. 427, cit. en GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 326, n. 160; y cit., nuevamente, en el mismo, *RDPCr* 3 (1999), p. 397, n. 15, donde me atribuye —incorrectamente, como en el texto se argumenta— otra vez la opinión de que estamos ante un delito omisivo por el hecho de que se trataba de un «peligro protegido» (controlado), cuestión esta que, evidentemente, nada tiene que ver con el carácter activo u omisivo de la conducta, sino, a lo sumo, con su valoración.

⁶² Sobre la cuestión de si los delitos cometidos eran realmente dolosos o imprudentes, y aun cuando no me he ocupado de la cuestión (nuevamente, la cita mencionada por GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 327, n. 163, no debería ser entendida como una afirmación acerca del «caso de la colza», cuando el contexto indica que se está hablando en general acerca de la posibilidad de que el directivo de una empresa responda en comisión por omisión), por lo que mi opinión ha de ser necesariamente cautelosa, debo decir que coincido sustancialmente con las tesis (diferenciadoras y matizadas) mantenidas al respecto por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 218-223.

concluía señalando que podía haber fraude de ley cuando, pese a no ser claramente cognoscible para cualquier sujeto que la situación implica un riesgo excepcional, «el individuo concreto posee ciertos conocimientos extraordinarios que le hacen ver que el riesgo tiene un carácter anormal (pudiendo haber un fraude de ley imprudente—consciente— o doloso, según que se descarte o se acepte tal hecho). Y parece deducirse de la argumentación del TS que en este caso fue esto segundo lo que ocurrió: en efecto, arguye el Tribunal que el reo ‘sabía que compraba, para destinarlo luego al consumo, aceite excluido del mismo’; luego, por lo tanto, estaba obligado a adoptar unas medidas de cuidado superiores a las administrativamente exigidas»⁶³. A continuación, el resto de este ap. IV se dedicaba a examinar los supuestos de insuficiencia de la normativa administrativa y a criticar la argumentación del Tribunal Supremo sobre el baremo que utiliza (las expectativas del consumidor) para determinar la infracción del deber de cuidado⁶⁴. Por consiguiente, resulta evidente que yo dejé planteada la posibilidad de responsabilidad imprudente (o incluso dolosa) por la conducta de «contribución causal *directa* del sujeto a la producción del resultado (sus gestiones para distribuir el aceite)», tal y como formulaba la cuestión al principio de dicho ap. IV.

La segunda de las citas aducidas⁶⁵ se ubicaba en el contexto de la discusión sobre si el principio de confianza es o no aplicable cuando tiene lugar una actividad peligrosa. Y, en este caso, mi respuesta, positiva en principio, no puede ser interpretada como Gimbernat pretende. Primero, porque del contexto no se deduce que esté hablando del caso concreto, sino que cualquiera podrá comprobar que se trata de rechazar *en general* el argumento del TS de que no cabe aplicar el principio de confianza en las actividades peligrosas; y, naturalmente, esto no significa necesariamente que en el caso concreto se obrase conforme al principio de confianza, lo que, como luego indicaré, efectivamente no ocurrió⁶⁶. Y, segundo, porque, en cualquier caso, aun cuando yo opinase—lo que no es cierto— que en el «caso de la colza» debía haberse estimado la vigencia del principio de confianza, esto nada diría aún respecto del carácter activo u omisivo de la conducta realizada, si no se añaden ulteriores precisiones, como las que más abajo se detallan.

⁶³ PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), pp. 427-429.

⁶⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), pp. 429-430.

⁶⁵ Así, en PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), p. 432, cit. en GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 327, n. 161.

⁶⁶ De este modo, los corchetes («[Ramón Ferrero]») que Gimbernat Ordeig introduce en la cita textual de mi artículo (para realizar una pretendida aclaración), en vez de aclararla, la deforman, al hacer pasar por proclamación referida al caso lo que no pretendía serlo.

3.2. Vayamos, no obstante, con la tercera de las citas que se señalan⁶⁷ como prueba de mi pretendida posición acerca del carácter omisivo de las conductas realizadas en el «caso de la colza». Ciertamente, es ésta la única que podría dar la impresión de que admito dicha posibilidad. O, mejor, de que no descarto, en general (*pero no necesariamente para el «caso de la colza»*)⁶⁸, la posibilidad de que, en los casos de responsabilidad penal por productos defectuosos, la responsabilidad de los directivos de la empresa exista únicamente a título omisivo. Intentaré ahora explicar mejor lo que allí se dice, no sin antes advertir que dicha explicación ya se intentó con gran amplitud, y mucho más matizadamente que en el artículo que Gimbernat cita casi en exclusiva, en otro trabajo⁶⁹.

A este respecto, la primera y principal aclaración que hay que realizar es la siguiente: naturalmente, no descarto —sino que, al contrario, apunto— la posibilidad de que un directivo responda por su omisión en un caso de responsabilidad penal por productos defectuosos; pero eso no significa que sólo admita dicha posibilidad de hacerle responsable. De hecho, mi preocupación por el tema causal en estos supuestos debería ser un buen indicio de que me parece perfectamente imaginable una conducta activa y causante de resultados lesivos que dé lugar a responsabilidad. Por lo demás, esta posibilidad (responsabilidad de un directivo por su comportamiento activo y causante del resultado disvalioso, o de la correspondiente puesta en peligro) ya aparecía expresamente señalada en mis anteriores trabajos: menos detenidamente en el artículo que Gimbernat Ordeig critica⁷⁰, y mucho más

⁶⁷ Así, en PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), pp. 434-435, cit. en GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 327, n. 162.

⁶⁸ De hecho, por más que nuevamente Gimbernat Ordeig pretenda hacer pasar mi formulación por una tesis específicamente referida al caso concreto (y otra vez mediante la técnica de insertar unos equívocos corchetes en la cita textual, alterando el sentido de la misma), la lectura de mi trabajo deja claras las cosas: pues, si el sentido propio del texto no fuera suficiente, ocurre que en la n. 28 de mi artículo explico cuánto de lo dicho en el texto es aplicable al «supuesto que nos ocupa», lo que hace aún más evidente el alcance real de mis afirmaciones.

⁶⁹ Me refiero, claro está, a PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 133 ss. No deja de ser curioso que sólo uno de los trabajos —y, además, el más breve— de aquellos en los que he expuesto mi opinión sea el objeto de una crítica que se pretende global y rigurosa.

⁷⁰ Vid. todo el planteamiento —reproducido *supra* en 3.1— del citado apartado IV de: PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), pp. 427-430; pero también inmediatamente después, en p. 430 (esto es, al comienzo del apartado V del artículo que ha suscitado toda la polémica): «*En el caso de que, conforme a lo visto, no hubiese sido posible fundamentar una responsabilidad del reo a título de imprudencia por su contribución directa a la causación del resultado, la segunda de las vías para construir tal responsabilidad se basa en el posible incumplimiento por parte del imputado de sus deberes de vigilancia*

extensa y detalladamente en el libro posterior⁷¹. De esta manera, la cuestión que me preocupaba en ambos trabajos al hablar de la omisión (y que parece haber obsesionado por completo a Gimbernat Ordeig, hasta el punto de dejar de ver el resto de mis afirmaciones) era la de que también en los casos de responsabilidad penal por productos defectuosos es necesario entrar a determinar exactamente la conducta realizada por cada uno de los intervinientes. O, en otras palabras, que no debe aceptarse ninguna suerte de atribución automática de responsabilidad a nadie (señaladamente, a los directivos de las empresas) por el hecho de que nos hallemos en el contexto de un proceso productivo, esto es, de una estructura organizada. Tal posibilidad de atribución automática de responsabilidad no es, desde luego, ningún espectro fruto de mi imaginación, sino que, por desgracia, se ha convertido en algo usual para nuestra jurisprudencia en otros ámbitos, al menos durante cierto tiempo: me refiero, claro está, a la atribución de responsabilidad —de la condición de autor— a los directivos de empresas contaminantes, en el caso de los delitos contra el medio ambiente, y en general en muchos delitos económicos, muchas veces sobre la única base de su posición en el seno de la estructura de la empresa (y, a veces, apoyándose de manera inadmisiblemente en el tenor literal del art. 31 CP, antiguo art. 15 bis CP-1944)⁷². Por ello, me parecía importante resaltar que, aun cuando en el «caso de la colza» la endeblez de la estructura empresarial en la que la actividad fraudulenta tenía lugar hiciera innecesarias muchas distinciones, no era posible prescindir de esta determinación de cuál había sido la conducta concretamente realizada por el sujeto imputado (usualmente, el directivo).

Planteadas las cosas en estos términos, dos son las posibilidades existentes. La primera es que el directivo, mediante su actuación material directa o a través de órdenes a subordinados que obren como instrumentos de él, contribuya causalmente al resultado final disvalioso. Así, el directivo que da la orden de comercializar un producto tóxico sabiendo o debiendo saber que lo era, o el que lleva a cabo por sí mismo dicha comercialización. En estos supuestos, evidentemente, el sujeto en cuestión obra activamente —causalmente—, de manera que su responsabilidad sigue las reglas de atribución correspondientes

respecto de las actividades de los terceros (...). Es decir, que la posibilidad de la responsabilidad por omisión es la segunda posibilidad considerada; no, desde luego, la única.

⁷¹ PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 146 ss. Se afirma explícitamente la posibilidad de que existan las dos formas —activa y omisiva— de responsabilidad en las pp. 146 y 180.

⁷² Vid., al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, *Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente*, APen 1997, p. 223.

a este género de conductas. Esto es, precisamente, lo que parece que ocurrió en el «caso de la colza». Pero, en segundo lugar, puede suceder que un directivo no haya contribuido de manera activa al resultado final: por ejemplo, porque ha delegado la configuración de una parte del proceso en otro directivo o mando intermedio. En este supuesto, la pregunta que ha de surgir es la de si la delegación de funciones deja al delegante fuera del ámbito de la responsabilidad penal; y, de ser así, si ocurre siempre o, en otro caso, en qué supuestos. Lo que, en definitiva, equivale a preguntarse cuándo tiene un directivo el deber —bajo amenaza de sanción penal— de controlar las actuaciones de sus subordinados, *cuando él no contribuye activamente a producir el resultado lesivo*, hasta el punto de llegar a hacerse responsable del resultado disvalioso que tenga lugar y que él no intenta impedir. Pregunta que, en mi opinión, debe responderse del siguiente modo⁷³: responderá por su mera omisión únicamente cuando, en atención a la estructura de la organización empresarial (y tanto más cuanto más compleja sea ésta), tenga atribuido un específico y principal deber de control sobre la conducta de sus subordinados, de tanta trascendencia como para entender que su ausencia de control ha sido una condición valorativamente equivalente a los comportamientos activos de sus subordinados; no en otro caso, cuando el directivo no tiene ya ningún deber específico de control (por ejemplo, por haber delegado plenamente en subordinados que se presumen capaces), o cuando su deber se ha degradado (por ejemplo, porque la empresa cuenta con otros mecanismos de control de calidad, fiables en principio). Y es en este sentido en el que hablaba en mis trabajos anteriores de la aplicación del «principio de confianza» (esto es, de la restricción en el alcance del deber de conducta, o de cuidado) a estos supuestos: en la medida en la que el directivo no tenga un específico deber de control, entiendo que «puede confiar» en sus subordinados, sin obligación alguna de intervenir⁷⁴. La cuestión, en todo caso, es que, si está obligado a intervenir para controlar y no lo hace, entonces su eventual responsabilidad será, en principio (y, claro, si no hace nada más), omisiva. Y me parecía y me sigue pareciendo necesario señalar dicha posibilidad, porque, de hecho, muchas veces la única responsabilidad penal efectiva imaginable (por el curso de los hechos o por falta de pruebas) para los órganos directivos de una empresa en supuestos de esta índole será la omisiva.

⁷³ PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), pp. 434-435; el mismo, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 185-192.

⁷⁴ Apuntan también la necesidad de tomar en consideración en supuestos de esta índole el principio de confianza, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Responsabilidad por el producto*, 1995, pp. 99-104.

O, por tomar el ejemplo del «caso Hipercor», que Gimbernat emplea⁷⁵: la cuestión no es, desde luego, que quien pone la bomba no responde por una conducta activa de asesinato. El problema surge, por el contrario, cuando el sujeto no participa activamente en la colocación de la bomba, sino que se limita a dejar en manos de terceros —sus subordinados— un curso causal, sin controlar si dichos subordinados lo llevan por buen o mal camino. En el «caso Hipercor» (y dado que difícilmente puede creerse que los jefes de la banda que realizó la colocación de la bomba en Hipercor, en el hipotético caso de que no hubieran dado órdenes activas de realizar dicho acto, no tuviesen el deber de controlar a sus subordinados), tal cosa podría haber sucedido si se hubiera tratado, por ejemplo, de enjuiciar el comportamiento del jefe de un grupo político marginal que, deseoso de llamar la atención sobre su banda (pero, desde luego, sin ánimo de matar a nadie)⁷⁶ hubiera dado la orden de que «se realizase una acción espectacular»; y, luego, se hubiera desentendido de la forma en la que sus subordinados la llevaban a cabo. En este caso, el problema sería saber hasta qué punto el jefe del grupo estaba obligado a cerciorarse luego de la forma en la que se llevaban a cabo sus órdenes: por ejemplo, comprobando si la forma de hacer publicidad era o no delictiva. Cuestión esta que, nuevamente, tendría que enjuiciarse, a mi entender, a partir de la organización del grupo, de la cualificación de sus miembros, de sus directrices de actuación, etc.

3.3. Observaré, para acabar con mi réplica, algunas inexactitudes colaterales que, unidas a los anteriores (que son los principales), aquejan a las críticas que Gimbernat me dirige:

a) En primer lugar, la acusación de que dedico «*decenas de páginas*» a «especular» sobre el carácter omisivo de las conductas realizadas en el «caso de la colza»⁷⁷, cierta en términos numéricos absolutos⁷⁸, es falsa si con ello se quiere dar a entender que mi «especulación» —que, como he mantenido, no creo tal— se olvida de los restantes problemas del caso. En efecto, como ya he indicado, y cualquier lector puede comprobar, la consideración de los problemas de la omisión en los supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos (que no específicamente

⁷⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 329.

⁷⁶ Puesto que, evidentemente, el «caso Hipercor» es un mal ejemplo para nuestro problema desde el momento en que hay una neta voluntad lesiva —dolo directo— por parte de todos los implicados, además de la más que probable participación activa no sólo de los ejecutores materiales, sino también de sus jefes.

⁷⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 326.

⁷⁸ En efecto, sumando las que le dedico en el artículo y en el libro, salen sin duda algunas decenas.

en el «caso de la colza») ocupan una parte significativa, pero no principal, en mi análisis: porque hablo de los problemas de autoría y de imprudencia en las conductas activas⁷⁹ y porque, además, me refiero, como ya se han indicado, al tema de la causalidad, de aplicación también en el terreno de las conductas activas. Así pues, lo que podría parecer una obsesión por la omisión no pretende ser más que el análisis de una posibilidad más, entre otras.

b) En segundo lugar, en el caso del artículo que Gimbernat intenta criticar, es obvio para cualquier lector que el problema que me preocupa es principalmente el de delimitar el alcance del deber de conducta o de cuidado en este género de casos, antes que hacer dogmática acerca de la omisión. Prueba de ello es tanto el contenido de la mayoría de los apartados (previsibilidad, reglas de cuidado en Derecho Administrativo y en Derecho Penal, riesgo permitido, principio de confianza,...) como el hecho, ya señalado, de que me ocupe de dichas cuestiones tanto para conductas activas como para conductas omisivas.

c) En tercer lugar, Gimbernat parece querer desconocer que, aun cuando yo hubiera defendido la conversión de todo el «caso de la colza» (o aun de cualquier supuesto de responsabilidad penal por productos defectuosos) en un supuesto de omisión, no habría estado solo, aunque sí ciertamente en minoría. Me estoy refiriendo (ello por no hablar de los «casos límite» entre acción y omisión, los llamados de omisión por hacer, de los que con tanto fundamento ha hablado Roxin)⁸⁰, claro está, a aquellas tesis que colocan el centro de gravedad de la antijuridicidad, también en las conductas activas, en el aspecto omisivo⁸¹. Dichas tesis me parecen, por cierto rechazables, como ya justifiqué en otro lugar⁸². De cualquier forma, están ahí y pueden ser asumidas, sin que ello deba dar lugar a escándalo en una comunidad científica libre y correctamente formada.

d) Finalmente, he de rechazar la concepción tan restrictiva —yo diría que desnaturalizante— que Gimbernat mantiene del principio

⁷⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), pp. 424-430; el mismo, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 147-169, 180-185.

⁸⁰ Cfr. ROXIN, *En el límite entre comisión y omisión*, en *Problemas básicos de Derecho Penal*, trad. D. M. Luzón Peña, 1976, pp. 226 ss.

⁸¹ Vid. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, *passim*; el mismo, El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, pp. 41 ss., esp. 54-59; JAKOBS, *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*, FS-Welzel, 1974, pp. 307 ss.; el mismo, *PG*, 1997, pp. 168 ss.; BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979, *passim*, esp. pp. 128-130.

⁸² Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 236-241.

versari in re illicita. En efecto, según su opinión, al haberse desencadenado el resultado lesivo a partir de una «acción antijurídica desde su origen», dolosa o imprudente, ello hace que deba imputarse necesariamente dicho resultado⁸³. Sin embargo, esta conclusión desconoce la posibilidad (posibilidad para la que, precisamente, es de especial relevancia la exigencia de desvalor de la acción y la prohibición del *versari in re illicita*) de que una misma acción resulte imprudente (o, por supuesto, dolosa) respecto de un resultado o de un modo de causarlo, pero no respecto de otros. En una mera hipótesis (que, desde luego, se descartó en el proceso): si se hubiera podido demostrar que las medidas adoptadas por los aceiteros, antes de comercializar su aceite de colza desnaturalizado, habían sido todas las racionalmente exigibles para eliminar cualquier riesgo apreciable de intoxicación, entonces no podría imputárseles una eventual enfermedad adquirida por los consumidores del aceite precisamente por consumirlo, y ello incluso aunque la venta del aceite fuera ilegal, fraudulenta y constitutiva de un delito de estafa. Es decir, que también un sujeto que obra delictivamente (en relación con un cierto bien jurídico, sujeto, lugar, etc.) puede ver negada la imputación a su acción delictiva de otros resultados lesivos que se produzcan, si respecto de los mismos no ha obrado de manera disvaliosa. Lo que significa —y a ello se refería mi mención del *versari in re illicita*⁸⁴— que también si la actividad emprendida es peligrosa y, más concretamente, antijurídica podrá el sujeto, en ocasiones, confiar legítimamente en la diligencia de terceros, lo que, naturalmente, no implica que su confianza pueda ser la misma que si su acción no fuera peligrosa o, al menos, no fuera disvaliosa: en nuestra hipótesis, el sujeto que encarga el adecuado refinado de su aceite fraudulento, eliminando —en principio— su toxicidad (porque ha advertido de que es tóxico y hay que refinarlo de manera especialmente cuidadosa), podrá confiar en que el refinado está bien hecho; o, al menos, podrá hacerlo si luego se molesta en realizar un control final de calidad. Negar esta posibilidad

⁸³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, p. 329, esp. n. 166. En esa n. 166 Gimbernat dice que no hay *versari* si al «comportamiento positivo ilícito desde un principio» se le imputan consecuencias o resultados causados imprudentemente o con dolo eventual; pero está tan obsesionado con la «acción originariamente ilícita» (utilizando reiteradamente estos términos o similares en esa n.166 y en pp. 328-329) que afirma como evidente que si la venta de aceite envenenado produjo muertes y lesiones, las produjo con imprudencia o con dolo eventual: es decir, que como hay una acción ilícita inicial de envenenamiento del aceite y la venta así —sin contramedidas— del mismo supone con carácter general al menos imprudencia frente a la vida y la salud, prescinde completamente del curso causal que se haya podido producir en el caso concreto, p. ej. de si antes de la venta se hubiera intentado anular eficazmente la adulteración, y da por sentado que la *concreta causación* del resultado ha tenido que ser al menos imprudente.

⁸⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), p. 432.

me parecía y me sigue pareciendo una versión del principio *versari in re illicita*.

3.4. Aclarado, pues, lo anterior, me gustaría, no obstante, aprovechar la oportunidad para, como hice en la primera parte del trabajo, realizar dos consideraciones adicionales sobre el problema de la relación entre acción y omisión en los supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos:

a) Como he intentado justificar con algún detenimiento en varios trabajos⁸⁵, me parece que es un error (o, si se quiere, una práctica terminológica peligrosa, por ambigua) utilizar el concepto de omisión en dos contextos que son realmente diferentes. En efecto, se habla de omisión (impropia) para referirse a la comisión por omisión: esto es, a la posibilidad de cometer un cierto delito de resultado por omisión; sin necesidad de llevar a cabo una conducta que cause el resultado típico, sino únicamente por no haber impedido que el mismo tenga lugar (en virtud de otros factores causales)⁸⁶. Pero se habla también de omisión —y he aquí la ambigüedad— en relación con los delitos imprudentes (activos): para justificar la presencia de imprudencia (en general, de desvalor de la acción)⁸⁷ sobre la base de la «omisión del cuidado debido»; más exactamente, de la no adopción de las medidas de cuidado racionalmente necesarias para mantener el riesgo causado (activamente) bajo control. Es esto segundo lo que tradicionalmente se ha conocido como el «momento omisivo» de la imprudencia⁸⁸. Y, sin embargo, cuando un sujeto, con su intervención activa, causa un resultado disvalioso por no haber sido cuidadoso —por no haber adoptado las medidas de cuidado exigibles—, esto es, imprudentemente, lo está causando de manera activa: es decir, por acción, y no por omisión. La explicación de ello es de carácter nomológico (tiene que ver con la relación —no necesaria, sino puramente contingente— entre norma primaria y deber de conducta, de una parte, y medidas de cuidado racionalmente necesarias y exigibles, de otra)⁸⁹. Pero lo relevante en términos prácticos es

⁸⁵ En general, en PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 197 ss.; y en relación con la responsabilidad penal por productos defectuosos, en el mismo, PJ 33 (1994), pp. 430-435; el mismo, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 146 ss.

⁸⁶ Vid., por todos, MIR PUIG, *PG*, 1998, p. 300.

⁸⁷ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 87 ss., esp. pp. 118-124.

⁸⁸ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 243-247.

⁸⁹ Cfr. NEUMANN, *Normentheorie und strafrechtliche Zurechnung*, GA 1985, pp. 395-397; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 63-65; el mismo, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, GA 1994, pp. 206-208; SEEBAB, *Handlungstheoretische Aspekte der Fahrlässigkeit*, *Jahrb. f. Recht u. Ethik* 2 (1994), p. 403; PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 148-150; el mismo,

que la confusión no debería producirse. Pues, en efecto, para quienes sostenemos un concepto muy restrictivo de comisión por omisión, las consecuencias de esta confusión no tienen por qué ser importantes: desde la teoría de que el resultado lesivo sólo es imputable a una omisión (a título de comisión por omisión) cuando se cree un riesgo valorativamente equivalente al que crean las acciones⁹⁰, si se es coherente, tanto dará que califiquemos la conducta imprudente como activa o como omisiva, a los efectos de la valoración de la conducta⁹¹, dado que el riesgo no permitido creado, sea por acción o por omisión, deberá resultar efectivamente equivalente⁹². Pero si se sostienen las ideas predominantes en materia de comisión por omisión, usualmente más extensivas del concepto⁹³, el calificar como activa o como omisiva una acción típica no resultará irrelevante (y tanto menos cuanto más extensiva sea la concepción de la comisión por omisión): así, por ejemplo, desde una teoría totalmente formalista de la posición de garante, la actuación imprudente llevada a cabo por un garante, al ser tratada como omisión, podría dar lugar a responsabilidad en comisión por omisión en supuestos en los que nunca podría hablarse de una responsabilidad por acción (por faltar la autoría del delito)⁹⁴.

Lo que se acaba de decir no es mera disquisición teórica, sino que afecta, y mucho, a todos los cursos causales peligrosos, en los que los sujetos suelen tener asignados al tiempo deberes de abstención (de

«Riesgos normales» y «riesgos excepcionales»: observaciones sobre la exclusión de la tipicidad penal de las conductas peligrosas, LH-Casabó, II, 1997, pp. 589-592.

⁹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Reseña*, ADPCP 1964, p. 552; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, pp. 369 ss.; el mismo, *Problemas del tipo de omisión del deber de socorro*, ADPCP 1988, p. 573; el mismo, *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, CPC 1989, pp. 371, 372-373, 374-375; el mismo, *Política Criminal y reforma legislativa en la «comisión por omisión»*, LH-Del Rosal, 1993, pp. 1076-1077; LUZÓN PEÑA, «Omisión de socorro: distinción entre omisión propia e impropia», *Derecho Penal de la circulación*, 2ª ed., 1990, pp. 175-177; el mismo, «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *Estudios penales*, 1991, pp. 235-242; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Omisión de impedir delitos no constitutiva de comisión por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?», *PJ* 24 (1991), pp. 208-209; GRACIA MARTÍN, *La comisión por omisión en el Derecho Penal español*, APen 1995, pp. 694 ss.; MIR PUIG, PG, 1996, pp. 305 ss. Me he adherido a esta tendencia en PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, p. 225; el mismo, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, p. 146 ss., *passim*.

⁹¹ Pero no así a otros efectos: como ya he indicado, para saber si es o no relevante el papel de la relación de causalidad en la tipicidad del delito resultativo en cuestión.

⁹² Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 248-250.

⁹³ Vid., por todos, GRACIA MARTÍN, APen 1995, pp. 684 ss.

⁹⁴ Siempre, claro está, que se parta de una concepción restrictiva de autoría también en los delitos imprudentes, como me parece lo correcto: vid. infra n. 106.

no dañar) y de acción (de controlar, de impedir,...). Por ejemplo, a los supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos. Porque, en efecto, volviendo al ejemplo del directivo de una empresa, dos son los géneros de responsabilidades penales que, eventualmente, podrán imputársele⁹⁵. Primero, por haber causado de manera objetivamente disvaliosa un resultado típico: esto es, por haber causado activamente dicho resultado y, además, no haber adoptado las medidas de cuidado para que su acción potencialmente causal —peligrosa— no deviniera efectivamente causante (o, en todo caso, no creara un riesgo no permitido de que ello sucediera). En este aspecto, habrá que comprobar la existencia de una relación de causalidad conforme a las leyes fenoménicas⁹⁶ entre el comportamiento del directivo y el resultado producido, así como la correspondiente imputación objetiva; y, además, hay que determinar qué medidas de cuidado eran racionalmente necesarias y exigibles. Y si falta la causalidad no habrá responsabilidad (al menos, por delito consumado); y, de otra parte, las medidas de cuidado exigibles variarán según los momentos, personas y circunstancias, debiendo valorarse caso por caso.

En otro orden de cosas, un directivo que no ha contribuido causalmente de ningún modo al resultado típico puede responder también, en ocasiones, si no impide actuaciones objetivamente disvaliosas de terceros, o no impide que las mismas culminen en resultados típicos. Pero, en este caso, lo que ha de establecerse es: primero, si el directivo tiene un deber de controlar a terceros, o los efectos de las acciones de terceros; y segundo, qué medidas de cuidado debía adoptar (no para que el resultado típico no tuviera lugar, sino) para impedir esas acciones —disvaliosas— de los terceros (y, además, si es autor del delito en cuestión). En este supuesto, pues, la exigencia de causalidad desaparece y el examen del «cuidado debido» posee otro punto de referencia completamente distinto.

Soy consciente de que existe una fuerte tendencia en la jurisprudencia a no realizar esta distinción, sino, más bien, a realizar una imputación global de responsabilidad al directivo por un global «comportamiento inadecuado» del mismo (seguido de un resultado típico derivado de la «actuación de la empresa»)⁹⁷. No obstante, me parece

⁹⁵ PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 146 ss., esp. 180 ss.

⁹⁶ Vid. *supra* 2.

⁹⁷ Ello ocurre, desde luego, no sólo en los supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos, sino también en materia de delitos económicos y de delitos contra el medio ambiente (de esto último me he ocupado, aunque de manera superficial, en PAREDES CASTAÑÓN, *APen* 1997, pp. 217 ss.).

que dicha tendencia ha de ser combatida, al menos por su inseguridad jurídica (si no por violar directamente el principio de legalidad penal, haciendo pasar por comportamientos típicos conductas que dudosamente reúnen tal cualidad). Por ello, no creo ocioso el intento de diferenciación que realicé en los trabajos que han sido objeto de la mencionada crítica⁹⁸.

Y todo esto viene aquí a cuento porque, a mi entender, acaso en algunos de los aspectos de dicha crítica se deje entrever una cierta confusión entre ambos elementos «omisivos» de la conducta. Así, por ejemplo, cuando se habla de «omitir controlar el procedimiento» productivo, como base a partir de la que se puede hablar —en una inadecuada interpretación de mi opinión, como ya he indicado— de comisión por omisión⁹⁹, debe señalarse que existe en la expresión una innegable ambigüedad, pues «omitir controlar» un procedimiento puede querer decir dos cosas completamente diferentes, como ya he apuntado: primero, no adoptar las medidas de cuidado adecuadas para que el proceso productivo que el sujeto pone en marcha o controla no dé lugar a una superación del nivel de riesgo permitido (caso éste en el que la conducta típica seguiría siendo, pese a ello, activa, y no omisiva); o bien, en segundo lugar, que el sujeto en cuestión no controló las actuaciones de terceros (más claramente: no las impidió cuando tomaron un curso delictivo), único supuesto en el que estaríamos ante un comportamiento omisivo, susceptible de encuadrarse eventualmente —esto es, si se dan las restantes condiciones requeridas— en la comisión por omisión. Así, como ya dije antes, una cosa son las medidas —por ejemplo, refinado— que un aceitero fraudulento ha de adoptar para que la venta de su aceite no dé lugar a resultados lesivos: en este caso, la «omisión» de dichas medidas no da lugar a responsabilidad por un delito omisivo, sino por uno activo, puesto que su acción —vender el aceite— ha contribuido causalmente al resultado lesivo. Y otra cosa distinta es que el aceitero se limite a pasar su aceite a un intermediario, advirtiéndole de su naturaleza no comestible y, pese a ello, lleguemos a la conclusión de que no tiene derecho a confiar en la diligencia de dicho intermediario: en este supuesto, la responsabilidad del aceitero será por omisión, por no haber impedido la actuación del intermediario (puesto que en su previa conducta activa —entregar el aceite al intermediario— no hubo desvalor de acción).

⁹⁸ Vid., en sentido similar, en la doctrina española, más recientemente, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades*, 1997, p. 461; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998, p. 246; MONGE FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, 1998, p. 342.

⁹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 326-327.

De hecho, diré, en fin, que un buen ejemplo de la confusión que denuncia aparece, precisamente, en la «segunda sentencia de la colza»¹⁰⁰. En efecto, como es sabido, en la misma se atribuyó responsabilidad penal a título de imprudencia temeraria a dos funcionarios públicos por no haber intervenido adecuadamente en el curso fáctico que acabó dando lugar al fraude del aceite de colza. Pues bien, al margen de otras objeciones que pueden realizarse a la forma de resolver el caso por parte de nuestra jurisprudencia¹⁰¹, una de las principales ha de ser la de que se hayan interpretado unas conductas —las de los funcionarios— que, en relación con los resultados típicos producidos, eran eminentemente omisivas (es decir, de ausencia de intervención para evitar la acción típicamente antijurídica —dolosa, según la jurisprudencia— de terceros), como conductas activas de causación —imprudente— de dichos resultados típicos. Y que ello, consiguientemente, haya llevado a desatender por completo las concepciones predominantes en materia de comisión por omisión, convirtiendo en autores (activos) de los resultados típicos a quienes seguramente no podían ser considerados ni siquiera garantes de los bienes jurídicos en juego; o, al menos, no, desde luego, a título de autores (por lo que menos aún podían ser calificados como tales autores desde concepciones más restrictivas de la comisión por omisión, como la aquí defendida)¹⁰². De este modo, quienes no podían ser considerados, a lo sumo, sino partícipes por omisión¹⁰³ (o, más probablemente, autores de una omisión propia, susceptible de generar responsabilidad civil o administrativa, pero casi nunca penalmente típica) se convirtieron, por obra de esa confusión entre omisión e imprudencia, en autores causantes de los resultados típicos, al mismo nivel en el plano objetivo (aunque no, desde luego, en cuanto al desvalor subjetivo de sus acciones) que los responsables dolosos del hecho.

b) En segundo lugar, creo que es importante llamar la atención nuevamente sobre una distinción que, no por obvia, debería ignorarse (como, en mi opinión, corre el riesgo de hacerse en la crítica a la que aquí replico). Y es que es importante, desde luego (y complejo y decisivo en la mayoría de los supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos), *determinar quién es autor* de un hecho que acaba ocasionando resultados típicos. Es decir, establecer quién o quiénes ocupan

¹⁰⁰ STS 26-9-1997 (A. 6366).

¹⁰¹ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *TSJ y AP-Aranzadi* 15 (1998), pp. 15-21, 23 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «El caso de la colza: la responsabilidad de la Administración», *RDPCr* 3 (1999), pp. 361 ss.

¹⁰² Critico la calificación de autores en este caso en PAREDES CASTAÑÓN, *TSJ y AP-Aranzadi* 15 (1998), pp. 24-31.

¹⁰³ Omisión que, de ser imprudente, resultaría, en mi opinión, atípica.

una posición objetiva determinante, en sentido positivo¹⁰⁴, sobre el curso fáctico que efectivamente se desencadena. Y es también muy importante, como ya he dicho, determinar si la autoría es a título de acción o de omisión. Y, sin embargo, con ello aún no está todo dicho, ni siquiera en lo que solemos denominar parte objetiva (y, desde la teoría de los elementos negativos del tipo, positiva) del tipo penal. Pues, en efecto, es preciso, además, que la conducta de quien o quienes ocupaban la posición de autoría en un determinado curso fáctico (aquí, en un proceso productivo) puedan ser consideradas objetivamente disvaliosas: es decir, puedan ser valoradas al menos como imprudentes¹⁰⁵. Ello, naturalmente, puede parecer —y lo es— una obviedad¹⁰⁶. Pero ocurre que en muchas ocasiones existe la tentación, en la praxis jurisprudencial, de razonar de modo inverso al que resulta legítimo. A saber: *puesto que el sujeto A ocupaba la posición de control objetivo sobre el curso fáctico* —aquí, sobre el proceso productivo— *que culminó en resultados penalmente típicos, entonces él debería haber controlado dicho curso fáctico para que el riesgo no se descontrolara; y, si no lo hizo, entonces él obró imprudentemente.*

Esta forma de razonar parte sin duda de una premisa que es correcta: que la valoración objetiva de las acciones se basa, en nuestro Derecho Penal, en la posición ocupada por el sujeto actuante dentro del tráfico jurídico¹⁰⁷. No obstante, hay dos errores en la forma de razonar que, desde tal premisa, llega a la conclusión mencionada. Primero, el de identificar la posición ideal en el tráfico jurídico, relevante a la hora de enjuiciar la imprudencia, con la posición real ocupada en un curso fáctico concreto, relevante en materia de autoría. Pues en el primer caso se trata de la posición de director, ingeniero, empleado de distribución, transportista,..., entendidas como posiciones idealizadas (y normativizadas), que atribuyen al sujeto que las ocupa en el tráfico jurídico

¹⁰⁴ Vid. LUZÓN PEÑA, *La «determinación objetiva del hecho»*. *Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, ADPCP 1989, pp. 893-897; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991, *passim*, esp. pp. 625 ss., 690-691.

¹⁰⁵ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 155-156; el mismo, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coords.), *Empresas*, 1996, pp. 298-299.

¹⁰⁶ Es evidente, por otra parte, que, como apunta LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, pp. 908-909, en los casos en los que no pueda hablarse de desvalor objetivo de la acción, la calificación de un sujeto como «autor» de un curso fáctico delictivo no puede ser sino meramente translaticia o por extensión, ya que autor, en sentido jurídico-penal estricto, sólo lo es quien, además de controlar objetivamente el curso fáctico, ha obrado de manera también objetivamente disvaliosa (al menos por imprudencia). No obstante, la dificultad a la que en el texto quiero referirme no es a la terminológica, sino a la material.

¹⁰⁷ Me he ocupado de esta cuestión extensamente en PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 339-346.

una serie de deberes (de cuidado), independientemente de que el sujeto real lo sepa o no, y pueda o no cumplirlos¹⁰⁸. En el segundo caso, por el contrario, cuando se trata de enjuiciar quién es autor del hecho, no nos referiremos al director, etc. en abstracto, sino a un concreto director, etc. y a su papel real en un determinado proceso productivo... independientemente —a estos efectos— de que su comportamiento haya sido o no ajustado al ideal de director, etc. En otras palabras: frente al juicio normativo —de valoración— que se realiza en materia de imprudencia, en la autoría se realiza un juicio sobre hechos (de atribución)¹⁰⁹. Y de esta diferencia esencial en la naturaleza de los juicios relativos a la imprudencia y a la autoría se deriva necesariamente la consecuencia de que no sea posible pasar de unos a otros, extrayendo conclusiones, sin caer en una falacia normativista (extraer lo fáctico —autoría— de lo normativo —imprudencia—) o naturalista (viceversa). Así, cuando un tribunal deduce sin más la presencia de imprudencia de la posición real de control objetivo sobre el curso fáctico que un sujeto o sujetos ocupaban en el caso concreto, estaremos ante una falacia del segundo tipo. Y, desde luego, la falacia llevará aún a más graves consecuencias —de extensión de la intervención penal— si el tribunal en cuestión maneja una concepción unitaria o cuasi-unitaria de la autoría en relación con los delitos imprudentes¹¹⁰, concepción errónea a mi entender (por las razones que ya otros han explicado con detenimiento)¹¹¹, pero que, en todo caso, y dado su potencial efecto extensivo, debería aplicarse aún con más cuidado, y sin realizar ilegítimas deducciones, en lo que se refiere a la consideración de los restantes elementos del delito (aquí, la imprudencia).

Pues —y ésta es la segunda objeción— quien tiene la capacidad real de control puede, en ocasiones, no tener al tiempo la obligación de ejercitar dicha capacidad. Y puede, por ello, no obrar imprudentemente

¹⁰⁸ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 255 ss., 339 ss., 379 ss.

¹⁰⁹ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 50-52.

¹¹⁰ Concepción apoyada, precisamente, por GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos*, 1999, pp. 359-363.

¹¹¹ Vid. LUZÓN PEÑA, *Concurrencia de culpas y autoría y participación en los delitos imprudentes*, en el mismo, *Circulación*, 1990, pp. 78-80; el mismo, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales*, loc. cit., pp. 81 ss., *passim*; el mismo, ADPCP 1989, pp. 889 ss., *passim*; el mismo, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, 1996, pp. 507-511; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, p. 283, n. 94, 581, 691; el mismo, *Autoría*, EJCIV, 1995, pp. 698-699; CUERDA RIEZU, *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión*, ADPCP 1992, pp. 507-508; MIR PUIG, *PG*, 1998, pp. 369-371.; FELJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código Penal de 1995 (Cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»)*, CPC 1987, pp. 322-326; Díez RIPOLLÉS, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal», *RDPCr* 1 (1998), pp. 38-40.

aun cuando pudiera haber intervenido (pero es que no debía). Ello, que es un principio general de la valoración de conductas en Derecho Penal (que el baremo de la imprudencia es normativo, y no fáctico), resulta especialmente pertinente en el caso de la responsabilidad penal por productos defectuosos (y, en general, en todos aquellos ámbitos de actividad en los que se reconocen espacios más o menos amplios de riesgo permitido). Pues, en efecto, puede haber razones que lleven a no obligar a un sujeto a controlar todo aquello que efectivamente podría: por ejemplo, y muy relevantemente, las exigencias de organización del ámbito de la vida social de que se trate (riesgo permitido). Esto es, nuevamente, de importancia extraordinaria para los supuestos de responsabilidad por omisión, puesto que en ellos es más cierto aún que no todo lo que se puede impedir o controlar se debe impedir o controlar (es decir, que los espacios de riesgo permitido son aún más amplios). Nuevamente, en un ejemplo: el directivo que confía a sus subordinados una actividad de comercialización de productos peligrosos puede, bajo ciertas condiciones, abstenerse de controlarlos sin incurrir en responsabilidad, aunque, desde luego, tendría la posibilidad de ejercitar ese control, si quisiera. Las condiciones para que eso suceda dependerán de la estructura de la empresa y, por consiguiente, de cuánto riesgo se crea con esa ausencia de control (por encima o por debajo del permitido): organización más o menos jerarquizada o autónoma de los departamentos de la empresa, grado de cualificación del personal, naturaleza y magnitud de los riesgos asociados a la actividad empresarial, etc. En todo caso, la cuestión que ahora nos interesa es que ese directivo, aun pudiendo, no tendrá el deber de controlar, de modo que no responderá por una omisión de su deber. Pues la atribución de responsabilidad únicamente en atención a las posibilidades reales de actuación es una forma perversa de razonamiento, explicable en supuestos de hecho complejos (como son los de responsabilidad penal por productos defectuosos), pero que debe ser combatida como algo demasiado cercano a la responsabilidad objetiva.

Naturalmente, el problema que acabo de mencionar parece casi irrelevante en el «caso de la colza», ya que es evidente que los implicados en la trama central del mismo (los aceiteros) obraron de forma al menos imprudente. Y, sin embargo, ello no puede excusar —y traté de hacerlo patente en mis argumentaciones— de examinar separada y diferenciadamente la cuestión de la imprudencia respecto de las de la autoría y la omisión, cosa que nuestros tribunales prácticamente no hicieron en este supuesto¹¹². Pues, como acabo de apuntar, en la mayoría de los casos de

¹¹² PAREDES CASTAÑÓN, *PJ* 33 (1994), pp. 424-437; el mismo, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Colza*, 1995, pp. 155-169; el mismo, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coords.), *Empresas*, 1996, pp. 298-303.

responsabilidad penal por productos defectuosos será usual que el juicio acerca del desvalor objetivo de las conductas —activas u omisivas— realizadas sea un punto de especial relevancia y (casi) completamente independiente de la cuestión de la autoría.

Para acabar, debo llamar la atención sobre el hecho de que, nuevamente, en la «segunda sentencia de la colza» vuelve a ponerse de manifiesto un fenómeno de confusión como el que se acaba de denunciar. En efecto, allí se argumenta acerca de la imprudencia de los sujetos encausados casi exclusivamente a partir del hecho de que podían haber intervenido para impedir el curso fáctico lesivo (es decir, a partir del hecho de que ocupaban posiciones de control efectivo)¹¹³, sin examinar demasiado a fondo el problema —que era el decisivo— de si esos sujetos tenían la obligación real de intervenir¹¹⁴.

¹¹³ Pese a ello, y como ya se ha argumentado sintéticamente supra, es más que discutible que tales sujetos fueran verdaderos autores.

¹¹⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *TSJ y AP-Aranzadi* 15 (1998), pp. 21-23; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *RDPCr* 3 (1999), pp. 367-370.