

WILFRIED HASSEMER/FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Frankfurt Universidad de Sevilla

LA RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO EN DERECHO PENAL

tirant lo blanch

Valencia, 1995

ter jurídico-penal para aproximar su capacidad real a la solución de los problemas. A través de la llamada «peligrosidad social» se conseguía que algunos hechos fueran atraídos por la Justicia penal. No cabe duda de que este concepto de «peligrosidad social» constituye un regulador sutil y flexible; pero, por otra parte, deja amplios márgenes de decisión a la Justicia penal (ésta es precisamente su «función»). Este procedimiento está, en mi opinión, expuesto a las críticas que ya hemos formulado a las opciones jurídico-procesales y de reorganización judicial (III, 1, 2). Un tal instrumento es demasiado indeterminado y puede llegar a producir un «derrumbe normativo»³⁰, pues al abarcar el tenor legal muchas conductas, los jueces tienen que hacer distinciones que no siempre son iguales y justas. Esto produce una praxis absolutamente insoportable desde el

punto de vista normativo. El mandato de certeza obliga al legislador a decir con toda la precisión posible las conductas que considere debe castigar. Si las seguras normas de la Parte Especial son sustituidas por vagas formulaciones, el principio de certeza legal queda conculcado: la praxis, tanto al castigar, como al absolver, utilizará un programa vago, con todo lo que ella significa. Una opción idónea sería, como ya hemos indicado (B, III, 1) hacer concretas reformas en las conminaciones penales de la Parte Especial del Derecho penal.

2. Solución concreta

En mi opinión la solución está en eliminar una parte de la modernidad del actual Derecho penal, llevando a cabo una doble tarea: por un lado, reduciendo el verdadero Derecho penal a lo que se denomina «Derecho penal básico» (a), y, por otro, potenciando la creación de un «Derecho de intervención» (b) que permita tratar adecuadamente los problemas que sólo de manera forzada se pueden tratar dentro del Derecho penal clásico.

a) Derecho penal básico

Reducir el Derecho penal al «Derecho penal básico», supone establecer unos límites que pueden ser naturalmente discutidos³¹. En todo caso, forman parte de este núcleo todas las lesiones de los clásicos bienes jurídicos individuales, e igualmente las puestas en peligro graves y evidentes, como

³⁰ Lüderssen, 1984, núm. marg. 662 ss. Este concepto de «peligrosidad social» no tiene, sin embargo, nada que ver con el homónimo empleado en la aún formalmente vigente Ley española de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970, que permite el control de penal de sujetos marginados socialmente (vagos, mendigos, prostitutas, etc) aún sin haber llegado a cometer un hecho tipificado en la ley penal como delito. El concepto de «peligrosidad social» al que se refiere el texto es más bien un índice de la antiutilidad material del delito, que exige además de la antiutilidad formal, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. En este sentido fue empleado con profusión en los Códigos penales de los regímenes socialistas, de los que todavía es una muestra el Código penal cubano, cuyo art. 8 dice: «1. Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal. 2. No se considera delito la acción u omisión que, aún reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor» (véase texto en la edición de Serrano Piedecabras, en *Los Códigos penales iberoamericanos*, núm. 9, Bogotá 1994).

³¹ Para más detalles Müller-Dietz, 1992, 95 ss.

los incendios, la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, los ataques al tráfico aéreo, y también en otro orden de cosas, las asociaciones criminales y la puesta en peligro del Estado.

Naturalmente, un Derecho penal de hoy no puede renunciar a la protección de bienes jurídicos universales. Casi todas las actividades de la vida cotidiana (trabajo, economía, producción, transportes) se han hecho más complicadas y, por tanto, más vulnerables. Muchos de los peligros de ayer apenas asustan hoy y, sin embargo, hay hoy riesgos apenas controlables. Las personas viven —o así lo sienten— bajo la sensación de mayores y difusas amenazas. Las sociedades complejas se organizan a través de instituciones, cuya existencia es importante para las personas y, por tanto, debe ser protegida. Esta protección tiene como objeto directo los bienes jurídicos universales, no los individuales.

Pero el hecho de que la complejidad de las sociedades modernas exija una mayor protección de las instituciones, junto a la de los clásicos bienes individuales, no constituye un argumento decisivo en favor de la equiparación en el mismo nivel valorativo de los bienes jurídicos institucionales con los individuales, o incluso la funcionalización de éstos al servicio de los intereses generales:

La funcionalización es un desiderato —necesitado de fundamentación— en favor de una visión estatista de las relaciones entre persona, Estado y sociedad; pero no es algo que se deduzca automáticamente de la propia complejidad social, ni de la vulnerabilidad de sus instituciones. Es obvio que la modernización social plantea exigencias jurídicas, pero no aporta en sí misma las respuestas jurídicas y, desde luego, no obliga a una fundamentación apersonalista, universalista o estatista del derecho. Más bien sucede lo contrario: en momentos en los que precisamente preocupa

más la sociedad que el individuo, más la molestia que la injusticia, más el riesgo que el daño, más la efectividad que la normatividad, las tradiciones personalistas y normativas del Derecho penal pueden servir de orientación valiosa para las personas.

También en las sociedades complejas puede el Derecho ser fundamentado desde un punto de vista personalista. Así, por ej., se pueden reconducir las falsedades documentales al interés individual en la integridad de los medios probatorios, o los delitos contra el medio ambiente al conjunto de las condiciones vitales de los individuos (e interpretarse luego sus elementos típicos de acuerdo con esta idea). Por eso, soy de la opinión de que en Derecho penal, la parte del Derecho que más incide en la libertad humana, los bienes jurídicos universales deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales³².

b) Derecho de intervención

La misma importancia tiene que el sistema del Derecho penal se libere del cumplimiento de unas expectativas de solución de problemas que no puede solucionar.

Lo que aquí hemos denominado «Dialéctica de lo moderno»³³, describe un cambio funcional, impulsado por un optimismo irreflexivo respecto a las posibilidades del Derecho penal de resolver a tiempo y efectivamente problemas

³² Hassemer/Muñoz Conde, 107 ss.; W. Hassemer, en *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, 37 ss.

³³ Supra B II.

sociales. Como se verá más adelante con detalle de la mano de ejemplos concretos³⁴, estas expectativas chocan con las bases del Derecho penal en el Estado de Derecho, es decir, con los principios del Derecho penal del hecho, la función limitadora del principio de culpabilidad, el *in dubio pro reo* y las formalidades procesales.

Ante esta situación no hay, a mi juicio, a corto plazo, más que estas dos opciones:

- o seguir avanzando en la modernización del Derecho penal («more of the same»);
- o liberar al Derecho de las modernas exigencias.

La primera opción, una mayor modernización del Derecho penal, supondría un aumento de sus costos³⁵, vaciaría de contenido sus instituciones centrales y obligaría a una Política criminal puramente simbólica. O se alejan del Derecho penal clásico los modernos sectores ubicándolos en la legislación especial, donde ya son característicos los déficits de realización como los delitos de peligro abstracto o el acuerdo en el proceso penal; o la modernización acabará por apoderarse poco a poco de los ámbitos del Derecho penal clásico. Y aunque ambas alternativas sean distintas en sus particularidades, las dos llegan a conclusiones igualmente inaceptables. Mientras que por ej. se prevean largas penas privativas de libertad e incluso la prisión preventiva para el asesinato, la violación y la estafa, el derecho que regule estos hechos debe estar configurado con garantías sutiles, referidas a las personas, es decir, debe seguir siendo Derecho penal, y no un mero Derecho sancionatorio con-

fundido entre las demás ramas del Ordenamiento jurídico que también prevén un sistema de sanciones, naturalmente menos graves y radicales que las penas propiamente dichas, para afianzar el cumplimiento de sus mandatos y prohibiciones.

Pero también sería ajena a la realidad del mundo y del derecho mantener la actitud contraria de excluir los problemas modernos del Derecho, manteniendo su «pureza» y orientando el sistema jurídico en principios. Un derecho así entendido rompería demasiado pronto el cordón umbilical con la sociedad de la que depende. La perfección sistemática y la limpieza conceptual no son valores jurídicos en sí mismos, sino valores al servicio de respuestas adecuadas a su tiempo.

Ante este Scylla y Caribdis, hay que buscar una forma de responder a los problemas modernos con una modernización del Derecho: no ya recargando el tradicional Derecho penal con adiciones modernizadoras, sino desarrollando respuestas jurídicas adaptadas a los retos de la modernización social. Estas respuestas tienen todavía que ser diseñadas.

Hay muchos ámbitos, como el de las infracciones administrativas, el Derecho civil, el Derecho público, pero también el propio mercado y el cuidado de la víctima³⁶, en los que muchos de los problemas que se han metido en el moderno Derecho penal, podrían ser resueltos de un modo

³⁴ Véase infra Segunda y Tercera Parte.

³⁵ Supra B III.

³⁶ A favor de la inclusión de la víctima en el concepto de bien jurídico R. Hassemer, 19 ss. y 32 ss; también, aunque con reservas respecto a un excesivo protagonismo de la víctima en el proceso penal, con todo lo que ello pueda conllevar de privatización y «mercantilización» del proceso penal, Hassemer/Muñoz Conde, 29 ss.

mucho más satisfactorio³⁷. Quizás sería recomendable regular en un «Derecho de intervención» los problemas que las modernas sociedades han llevado al moderno Derecho penal³⁸. Este «Derecho de intervención» estaría ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos³⁹. Esta clase de derecho «moderno» no sólo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas.

IV. Categorías de un derecho moderno

Como inmediatamente se verá, estos problemas específicos se pueden reconducir al concepto de efectividad preventiva: las categorías necesarias para dar una respuesta adecuada a los problemas de la moderna sociedad, no son las categorías propias del Derecho penal; no se trata de compensar la injusticia, sino de prevenir el daño; no se trata de castigar, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro. Es obvio que el Derecho penal está al final o al margen de la elaboración de estos problemas. Sin embargo, como seguidamente vamos a ver con el ejemplo de la responsabilidad jurídico-penal por el producto⁴⁰, hay actualmente intentos en

la Administración de Justicia de enfrentarse a este problema con los instrumentos del Derecho penal, desvinculándolo de los principios tradicionales, o buscando otros menos rígidos que permitan dar una respuesta adecuada a éste y otros problemas similares, ya habituales en las sociedades de nuestro tiempo.

³⁷ Liderssen, 1989, 37 ss.

³⁸ Supra B III 1-3.

³⁹ Parecidas reflexiones en Naucke, 35 ss.

⁴⁰ Infra Segunda y Tercera Parte. También Hilgendorf, 1993 (2), 89 ss., considera la responsabilidad penal por el producto como un ejemplo

del «moderno Derecho penal del riesgo», pero muestra respecto a ella una actitud menos crítica.

y de una distinción entre infracción primaria e infracción de los deberes de organización, para dirigirse a una orientación basada en los criterios de distribución de la competencia. Nada habría que objetar contra este cambio, si con ello se pudiera preservar la tradicional forma de concretización de la imputación penal. Pero esto es, precisamente, lo que no se ha demostrado.

La jurisprudencia se orienta unilateralmente en los criterios del Derecho societario sobre división de deberes: ignorando las particularidades relevantes para el Derecho penal, lo que le hace incurrir en dificultades, sobre todo a la hora de imputar una omisión a más de una persona. Se diluyen así los presupuestos de la responsabilidad por coautoría, mientras que las exigencias sobre la acción dirigida a preservar un bien jurídico son escasas.

Cuarta Parte

Responsabilidad por el producto y Derecho penal. Conclusiones y propuestas

A. PUNTOS DE PARTIDA

A la vista de las preocupantes dificultades dogmáticas que conlleva el intento de conjugar la responsabilidad por el producto con los medios del Derecho penal, se impone, para terminar, una reflexión sobre la cuestión de si con este intento no se está abusando de las fuerzas de la Justicia penal. En todos los niveles de la imputación penal se ha mostrado que los conceptos, principios y garantías tradicionales tienen que ser hasta el límite de lo aceptable (o, según el punto de vista, también más allá) desmaterializados, ampliados y flexibilizados para poder tratar con justicia el fenómeno de la responsabilidad por el producto, y poder seguir desarrollando el Derecho penal en esa dirección en aras de una modernización del mismo. Pero precisamente por eso, se debe discutir, no sólo desde la perspectiva políticsocriminal, sino también desde el punto de vista dogmático penal, hasta qué punto podemos asumir los costes que tal modernización implica. Las siguientes reflexiones no pretenden plasmar, por tanto, ninguna conclusión definitiva, sino sólo plantear los temas, y, en todo caso, poner de

relieve que los costes de esta modernización no sólo afectan a las personas y empresas que trabajan en estos contextos, sino al sistema penal mismo y, por ende, a todos nosotros.

B. EFECTOS QUE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO PENAL POR EL PRODUCTO PUEDE TENER EN PERSONAS Y EMPRESAS

Para las personas afectadas la responsabilidad penal por el producto significa, sobre todo, una reducción de las expectativas de seguridad que el standard tradicional del Derecho penal supone. Tanto en la determinación de la causa de una lesión, como en la constatación de los deberes penales de actuar y sus motivos, pasando por la definición de peligro, hasta el pronóstico de la reacción penal frente a determinados copartícipes, nos encontramos con una general desformalización de los conceptos penales, que obstaculiza la función central del Derecho penal, es decir, la interpretación determinada y segura de la ley: los afectados deben vivir en todo caso —sin que podamos aquí entrar en más particularidades— con una amenaza difusa, sin poder remitirse a una expectativa concreta de comportamiento. Es evidente que esta inseguridad supone unas consecuencias gravosas a la hora de tomar decisiones dentro de la empresa y, a largo plazo, repercutirá también negativamente en la política de producción de las firmas. Igualmente, es obvio que el desarrollo aquí analizado conllevará consecuencias inmediatas en la capacidad competitiva de las empresas tanto a nivel nacional, como internacional.

C. LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO PENAL POR EL PRODUCTO EN LA MISIÓN DEL DERECHO PENAL

Los costes que la modernización del Derecho penal exige del mismo son aún mayores¹ que los humanos y empresariales. Los problemas dogmáticos que hemos analizado en particular dan que pensar, no sólo por sus implicaciones formales, conceptuales y sistemáticas, sino también y sobre todo, por sus implicaciones internas, constitucionales y político-criminales, y son estas últimas las que deciden si el Derecho penal se adapta al modelo del Estado de Derecho.

I. Consecuencias de carácter constitucional

La ampliación sistemática de instrumentos dogmáticos y conceptuales con el objetivo de incluir en ellos nuevos fenómenos, amenaza la misión constitucional que tiene el sistema del Derecho penal de transmitir sus mandatos en la forma más precisa posible a la población afectada por ellos. Esta misión no afecta sólo, como acabamos de ver, a los ciudadanos en sus expectativas de seguridad. También desde el punto de vista del Derecho penal, el cumplimiento de esa misión constituye, al mismo tiempo, una exigencia constitucional y el presupuesto de una prevención eficaz.

El art. 103 II de la Ley Fundamental alemana y el 25, 1 de la Constitución española acogen el mandato de certeza de la ley no sólo frente al legislador; sino, con distintas formas

¹ Véase Primera Parte (B.III., en especial, 5).

de realización, para toda la Administración de Justicia penal que debe perseguir siempre el objetivo de explicar sus exigencias de conducta de la forma más clara e inequívoca posible². En el marco de la responsabilidad penal por el producto, este mandato se cumple, sin embargo, en escasa medida, no sólo por la indeterminación de los deberes que pueden fundamentar una responsabilidad penal por el producto, sino por las dificultades de prueba de los propios elementos objetivos (puesta en peligro, relación de causalidad) que le sirven de base.

II. Consecuencias de carácter preventivo

El objetivo central de la responsabilidad penal por el producto, la prevención, sólo se consigue a través de exigencias difusas de comportamiento, desencadenando de forma casi terrorista entre los afectados amenazas latentes, que finalmente sólo se manifiestan en «casos excepcionales»³ en unos pocos ciudadanos —y en éstos de forma casual—, pero mantiene en vilo a todos. Esto no es ni puede ser deseado por nadie. El sistema penal debe perseguir otro concepto de prevención, claro e inequívoco, como el de la prevención general positiva formulado por la más reciente doctrina⁴, que considera que las metas preventivas del

sistema penal no pueden alcanzarse con la intimidación de los posibles delincuentes, sino con la información dirigida a todos los ciudadanos. Las posibilidades del Derecho penal de afirmar y asegurar de forma constante y sólida, de modo que al mismo tiempo se respeten con firmeza los principios y garantías constitucionales y las normas fundamentales que constituyen el núcleo normativo de nuestra convivencia, residen en algo diferente a la idea de «coacción psicológica» o del miedo provocado con una amenaza carente de justificación empírica y normativamente insoportable⁵. El Derecho penal sólo puede erigirse en ejemplo a seguir para la regulación de conflictos cotidianos y constituirse en motivo para que los ciudadanos internalicen el mensaje penal y se rijan por el mismo a través de una prevención general positivamente entendida; en ella residen las posibilidades preventivas del moderno Derecho penal en una sociedad de individuos adultos que no aceptan un Derecho penal amenazante sino que desean ser convencidos por éste.

Esta tarea es incompatible con una destrucción de los principios y garantías penales; un Derecho penal desformalizado puede disciplinar a corto plazo, pero a largo plazo conduce a la destrucción de sus propios presupuestos de eficacia.

En Derecho penal la exigencia de una responsabilidad por el producto, debe, en consecuencia, respetar los siguientes principios básicos⁶:

² Para más detalles Hassemer, Fundamentos, 310 ss.; Muñoz Conde/García Arán, 79 ss.; 89 ss.

³ Los casos de la colza y el Contergán, entre otros menos espectaculares, fueron realmente «casos excepcionales» que, por eso mismo, tuvieron gran repercusión social, con todo lo que ello supone de presión sobre los Tribunales de Justicia en demanda de soluciones urgentes que estos no pueden dar.

⁴ La prevención general positiva entendida como reforzamiento de la vigencia de las normas jurídicas frente a la infracción cobra cada día

mayor importancia, aunque en el fondo es una mezcla de la idea de retribución y de prevención general, descargando a ésta de su carácter puramente intimidatorio y aquélla de su carácter absoluto, abstracto o metafísico; para más detalles, véase Hassemer, Fundamentos, 391 ss.

⁵ Véase Hassemer, Fundamentos, Iug. u. cit.; P.-A. Albrecht, Prävention, passim.

⁶ Véase Prittwitz, 384 ss.

- Subsidiariedad⁷: antes de acudir al Derecho penal para resolver los casos de responsabilidad por el producto, se debe averiguar si hay otros métodos menos severos que resultan más efectivos.

- Imputación individual⁸: tanto en el proceso como en la sentencia, sólo podrá serle imputado al acusado aquella parte relevante de su comportamiento individual de la que pueda ser responsable; el que estos hechos se den en el ámbito de la empresa carece de relevancia tanto para determinar la proporcionalidad de las medidas a adoptar en el proceso penal, como en la medición de la pena.

- Determinación de los presupuestos de la penalidad⁹: la transparencia sistemática y la claridad conceptual de los presupuestos de intervención del Derecho penal no se puede poner en juego en aras de una modernización difusa del mismo.

- Fines de la pena¹⁰: ni siquiera los más enérgicos intereses preventivos pueden dejar de lado los fines legítimos de la pena, aunque ello implique, por ej. una crítica negativa o una «adverse publicity»¹¹.

⁷ Jakobs, 48 y ss; crítico respecto a la «subsidiariedad del Derecho penal en el ámbito económico», Tiedemann, 530 s.

⁸ Respecto el estado actual de la doctrina, Jescheck, II, 885 ss.; acerca de la problemática de la «responsabilidad de la empresa», Stratenwerth, *passim*; Gracia Martín, 213 ss.

⁹ Véase Hassemer/Muñoz Conde, 80 ss.

¹⁰ Un resumen del estado actual de la teoría de los fines de la pena en, Jakobs, 6 ss.; sobre las nuevas concepciones, 25 ss.

¹¹ Sobre este problema informa Vogel, *passim*.

D. TRASFONDO Y SOLUCIONES

Como resumen de todo lo dicho hasta, podemos decir — un tanto exageradamente — que el Derecho penal ha fracasado con su planteamiento sobre la responsabilidad por el producto, porque las metas preventivas perseguidas con la exigencia de este tipo de responsabilidad en los casos en los que se ha planteado con más contundencia no pueden alcanzarse con las exigencias de un Derecho penal represivo. Ello nos sitúa ante el siguiente dilema: o se acaba con estas exigencias (y ésta es la tendencia actual, que aquí hemos criticado), o la resolución penal de estos casos se deberá atener al límite de estas exigencias (y éste sería el camino que a nuestro juicio sería acertado).

No cabe duda de que hay casos de responsabilidad penal por el producto que pertenecen a la esfera del Derecho penal (el caso de la colza es un buen ejemplo de ello); pero allí hasta donde éste sea capaz de captarlos y analizarlos. Sucede esto, por ej., allí donde la constatación de la causalidad¹², la determinación de la puesta en peligro o de las obligaciones de actuar¹³, y la imputación a las personas implicadas¹⁴, alcanzan el nivel característico y adecuado a un Derecho penal orientado en los principios del Estado de Derecho. La creación imputable o la no evitación de riesgos para las personas ha sido siempre y es, desde luego, ahora también la base legítima de la imposición de una pena; la puesta en peligro, atribuible individualmente, de bienes jurídicos ajenos ha formado siempre parte del núcleo central

¹² Véase supra Segunda Parte B 2; Tercera Parte B.

¹³ Véase supra Segunda Parte Excurso, Tercera Parte C.

¹⁴ supra D.

del Derecho penal¹⁵, y debe seguir siendo una parte importante del Derecho penal futuro.

Esta base legítima, sin embargo, no puede ir hasta el punto de, en lugar de la represión (o sea, de la persecución, averiguación y enjuiciamiento de hechos delictivos), hacer de la prevención (o sea, la previsión del peligro, el dominio del riesgo) el paradigma rector del sistema.

El Derecho penal, justo por su dimensión constitucional y garantista, no puede asumir en estos momentos unas expectativas preventivas tan fuertes. Pero precisamente porque se trata de garantías constitucionales, no parece que, para dotar al Derecho penal de una mayor eficacia en estos ámbitos, deban modificarse o eliminarse en un futuro mas o menos próximo, ya que ello supondría tanto como destruir las garantías básicas propias del Estado democrático de Derecho. Y a antes hemos expuestos las razones que avalan nuestra postura. Pero veamos ahora a modo de resumen cuáles son las garantías que quedarían conculcadas por un Derecho penal exclusivamente orientado en la prevención¹⁶

¹⁵ Sobre el concepto y límites del Derecho penal básico, vid. *supra* Primera Parte, C III 2 a.

¹⁶ Hoy en día se reconocen por la doctrina una serie de principios limitadores del poder punitivo del Estado, que, por tanto, son también limitadores de la idea de prevención; algunos de ellos por su especial importancia práctica para la Administración de Justicia penal han llegado al nivel de principios constitucionales, como el principio de legalidad de los delitos y las penas; otros, en cambio, aun siendo también muy importantes, son más bien producto de la reflexión filosófica y jurídica sobre los derechos fundamentales, la misión del Derecho penal en el conjunto del Ordenamiento jurídico, etc. Entre estos se cuentan los principios que seguidamente se exponen, como el principio del Derecho penal de acto o de hecho, la función limitadora del principio de culpabilidad; el principio de

- Derecho penal del hecho¹⁷. La razón que se alega para prescindir de este principio es la siguiente: cuando se trata de amenazas que afectan a múltiples personas —justo en casos en que el peligro se desarrolla de forma difusa y lenta— no se puede esperar a que «el niño se caiga en el pozo». Se debe intervenir tan pronto como se pueda.

- Función limitadora del principio de culpabilidad¹⁸, proporcionalidad de las consecuencias penales¹⁹. Contra estos principios se argumenta así: si se quiere tratar eficazmente infracciones amplias y difusas, no se puede limitar la intervención penal con criterios de carácter personalista. Los problemas sociales exigen medios orientados a resolver dichos problemas, sin consideración de las situaciones individuales o de las circunstancias personales de los sujetos infractores.

- In dubio pro reo²⁰. Contra este principio se aduce: un instrumento que, en caso de dudas concretas, no puede afrontar un caso conflictivo, resulta inadecuado para la resolución de ese conflicto. Y como aquí se trata de acciones inciertas, no se puede hacer depender la intervención legal de la eliminación de dudas empíricas.

proporcionalidad, y los principios de carácter procesal como el principio in dubio pro reo o las garantías de carácter formal. Sobre ellos se encuentra información en cualquier Tratado o Manual de Derecho penal; para una exposición resumida de los mismos puede verse Hassemer/Muñoz Conde, 120., y la bibliografía citada en las notas siguientes.

¹⁷ Roxin, A. T., 94 y ss.

¹⁸ Jescheck, 380 ss.

¹⁹ Roxin, A. T., 54 y ss.

²⁰ Schötker en, Löwe/Rosenberg, par. 261, marg. 103 y ss.

- Garantías formales²¹. En contra de las tradicionales garantías de carácter procesal se aduce el siguiente argumento: grandes riesgos exigen reacciones prontas, flexibles y adecuadas a la magnitud de esos riesgos. El proceso penal, con todas sus formalidades y cautelas, resulta demasiado rígido para poder reaccionar a tiempo adecuadamente.

Como se puede ver, todos los principio penales arriba mencionados, se ven amenazados —no sólo en los casos de la responsabilidad por el producto sino en todos aquellos en los que el Derecho penal se muestra demasiado atado, rígido, poco flexible y escasamente preventivo. No se puede afirmar con seguridad hacia donde nos llevará esta tendencia. Lo que sí es seguro es que en el ámbito de la responsabilidad por el producto, el actual Derecho penal debe corregirse con firmeza, antes de que se introduzcan en su seno estrategias preventivas de control del riesgo, que, a pesar de las flexibilizaciones aquí analizadas, no pueden evitar que sea un instrumento disfuncional y demasiado rígido para resolver los problemas mas importantes que hoy depara la responsabilidad por el producto.

Una prevención razonable de la mayoría de los daños que se producen en este ámbito no puede ser a largo plazo objeto del Derecho penal. Incluso un Derecho penal adecuadamente preventivo e infradimensionado en lo que se refiere a los presupuestos de la penalidad, sería incapaz —más allá de la siempre tardía respuesta a la lesión del bien jurídico— de aportar algo digno de mención a los objetivos que, en un futuro previsible, pueden pretenderse para resolver los problemas que plantea la responsabilidad por el producto.

Estos objetivos son relativamente fáciles de alcanzar, pero, en todo caso, hay que alcanzarlos de forma «asintomática», es decir, desvinculándolos del caso concreto. Ello exige, desde el punto de vista cuantitativo, considerables esfuerzos y, desde el punto de vista cualitativo, esfuerzos diversificados (circunstancia ésta que ayudaría a explicar la afición por los instrumentos desde luego tajantes pero también baratos con los que el Derecho penal cuenta para la resolución de problemas). Las decisiones que se adopten deben ser, por tanto, ponderadas y descargadas del impacto político que algunas veces influye en ellas. Se trata, simplemente, de conseguir que:

- el peligro pueda ser detectado a tiempo,
- los riesgos puedan ser dominados, dentro de lo posible;
- y los daños limitados de forma razonable.

Todos estos objetivos también pueden formar parte del Derecho penal, pero no es su tarea primaria²²; su objeto es y seguirá siendo la respuesta adecuada al hecho injusto. Los métodos para lograr estos objetivos en casos de peligro por el producto son más propios de otros ámbitos de política jurídica y social.

Lo que aquí interesa son, por ej., investigaciones empíricas relevantes que faciliten el reconocimiento del riesgo y sobre todo el aseguramiento del mismo antes de que se produzca el daño. Ello significa transparencia y control de las decisiones políticas que afecten al riesgo (en tanto en cuanto éste sea reconocible); y que existan instrucciones precisas y constantemente supervisadas para la observación y control, a tiempo y dentro de lo posible, del producto.

²¹ Un buen resumen en Schäfer, en Löwe/Rosenberg, *Einleitung*, cap. 6, especialmente marg. 2 y ss y 17 y ss.

²² Deutsch, *passim*.

Finalmente, se debe procurar que, por ejemplo, a través de la contratación de pólizas de seguros de todo tipo, o facilitando el acceso a los tribunales, los afectados, en caso de lesión, vean satisfechos su derecho a ser indemnizados adecuadamente²³.

Estos son los medios de la prevención en sentido estricto, que deben estar disponibles antes de que el problema a solucionar sea demasiado grande o que la solución llegue demasiado tarde. El marco adecuado para que estos medios puedan desplegar su eficacia y alcanzar sus objetivos es un Derecho de intervención²⁴, pero no el Derecho penal.

Desde el punto de vista jurídico teórico, la responsabilidad penal por el producto está necesitada, desde un principio, de reflexión y cautela. Su empleo y ampliación como un posible instrumento adecuado para una solución de estos problemas ha venido acompañada hasta ahora de alguna que otra argucia dogmática, pero apenas de reflexiones meditadas con profundidad, indispensables para que el Derecho penal resulte, hasta cierto punto, adecuado como instrumento de respuesta a la modernización.

En la Ciencia del Derecho en general aún está pendiente, una discusión interdisciplinar, similar a la que ya ha surgido en la Ciencia del Derecho penal, sobre la adecuación del Derecho para responder a la modernización de la sociedad. La configuración jurídica del control del producto puede ser un ejemplo ilustrativo de lo mucho que aún queda por hacer

en este ámbito, y aunque no cabe duda de que también aquí el Derecho penal tiene algo que decir, no es precisamente la rama del Derecho que más tiene que decir²⁵.

²⁵ Afortunadamente, la preocupación por la responsabilidad por el producto ha dado lugar ya a decisiones legislativas, como la Ley española de 6 julio 1994, que tiene por objeto la adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos. En ella se establece un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, durante diez años desde la puesta en circulación del producto defectuoso causante del daño. El límite total de la responsabilidad se establece en la cuantía de 10.500.000.000 de pesetas. También se prevé el establecimiento de un seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos o servicios defectuosos y un fondo de garantía que cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones corporales.

²³ Recuérdese que en el proceso penal español, la acción civil puede ejercitarse por una vía distinta a la penal, reservándose los perjuicios por el delito la posibilidad de ejercer directamente esta acción en el proceso civil correspondiente (cfr. art. 112, I, LECrim.).

²⁴ Primera Parte, C III 2 b.

Con normas de este tipo, no se pretende, o no se puede pretender, excluir la intervención del Derecho penal allí donde se den los presupuestos de su intervención, sino reservarlo para el cumplimiento de las tareas que le son propias, y no utilizarlo para la cobertura de daños, cuya indemnización corresponde a otras ramas del Derecho. Igualmente, debería quedar perfectamente delimitada lo que es una intervención administrativa (con sus correspondientes sanciones) de lo que debe ser objeto de la intervención del Derecho penal.