

# INFLUENCIA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD ALIMENTARIA

NICOLÁS GARCÍA RIVAS

Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Castilla-La Mancha

I. Evolución del principio de precaución y su aplicación a la seguridad alimentaria. II. Principio de precaución, riesgo permitido y ley penal en blanco. (Propuesta orientativa de la jurisprudencia constitucional relativa al principio de legalidad). III. Tipificación del peligro contra la seguridad alimentaria. 1. Delimitación del bien jurídico protegido. 2. Delitos de resultado de peligro (peligro concreto). Desvalor de resultado, perspectiva *ex post* y principio de lesividad. 3. Delitos de mera conducta peligrosa (peligro abstracto). ¿Influencia del principio de precaución? IV. Resumen y conclusiones.

## **I. Evolución del principio de precaución y su aplicación a la seguridad alimentaria.**

En el documento titulado *Ciencia, sociedad y ciudadanos en Europa*, la Comisión de la Unión Europea afirma que mientras las sociedades del pasado vivían bajo la permanente amenaza del peligro natural, gran parte de los riesgos a los que están expuestas las sociedades actuales tiene su origen en la propia actividad humana. El documento sigue diciendo que la preocupación social por el riesgo desencadenante de catástrofes de todo tipo ha dejado paulatinamente espacio, después de la Segunda Guerra Mundial, al temor hacia otro tipo de riesgos, más cotidianos e insidiosos, por ser generalmente invisibles y manifestarse a largo plazo; riesgos para la salud o el medio ambiente, que suscitan mayor aprensión por estar vinculados a actividades cotidianas. Y, finalmente, se pregunta: «¿qué tipo y qué cantidad de ries-

gos están dispuestos a aceptar la sociedad en general y cada individuo en particular?»<sup>1</sup>

Bajo la expresión «sociedad del riesgo» hace referencia BECK al fenómeno de la «modernización reflexiva de la sociedad industrial», que se manifiesta en dos vertientes: por un lado, en los riesgos que conlleva esa misma modernización, por el peligro irreversible que acecha a las personas, los animales y las plantas; por otro lado, implica una resolución de la contradicción inmanente que existe entre modernidad y contra-modernidad en la sociedad industrial<sup>2</sup>. Desde mediados del siglo XX —afirma— las instituciones sociales de la sociedad industrial se han enfrentado a un problema sin precedentes: la posible destrucción de la vida en el planeta a causa de las decisiones del hombre. Esto distingue nuestra época no sólo de la primera fase de la revolución industrial sino también de todas las demás culturas y formas sociales<sup>3</sup>. El avance de la técnica permite una producción en masa que genera mayores cotas de bienestar a costa de incrementar la sensación de inseguridad sobre los efectos de los productos. LYOTARD define esta «constitución interna de la ciencia postmoderna» como una paradoja discontinua, catastrófica, no susceptible de rectificación<sup>4</sup>. A mi modo de ver, esa paradoja constituye una característica *funcional* de la sociedad actual: el riesgo deja de imputarse a título individual para gestionarse como un suceso sistemático que reclama una regulación política general<sup>5</sup>; desde un punto de vista jurídico-económico, ello se manifiesta en la adopción del principio «quien daña, paga» (*Verursacherprinzip*)<sup>6</sup> y sobre todo en la expansión del seguro como instrumento reparador<sup>7</sup>. Su cobertura delimita la frontera entre lo tolerable y lo no tolerable; si la compañía aseguradora se niega a cubrir un riesgo, éste es incontrolado<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> SEC 2000 (1973), *Ciencia, sociedad y ciudadanos en Europa*. Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión. Bruselas, 24.11.2000

<sup>2</sup> Cfr. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, p. 17 s. Del mismo autor; *La sociedad del riesgo global*, Madrid, 2002 y *La democracia y sus enemigos*, Barcelona, 2000, en cuya página 9 puede leerse: «Tras siglo y medio, la sociedad industrial nos devuelve los riesgos que en realidad ésta debería haber superado y liquidado: los de la ignorancia y la inseguridad social». También, p. 24 ss. Asimismo, LÓPEZ CEREZO/LUJÁN, *Ciencia y política del riesgo*, Madrid, 2000, especialmente p. 25 y ss. («riesgo y justicia social»).

<sup>3</sup> BECK, *La sociedad del riesgo global*, cit., p. 83.

<sup>4</sup> LYOTARD, *Das postmodern Wissen*, 1986, p. 173, citado por DENNINGER, *Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno*, Doxa, n.º 14, 1993, p. 369.

<sup>5</sup> Cfr. BECK, *La sociedad del riesgo global*, p. 80.

<sup>6</sup> Vid. al respecto CODERCH, *Causalidad y responsabilidad*, en *InDret*, 1/00, p. 3.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 79

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 87.

Frente a este modelo de responsabilidad, que confía al mero resarcimiento la estabilización social por el daño ya causado, existe otro más exigente y complejo que vincula el proceso productivo al bienestar de los ciudadanos obligándole a adoptar las oportunas medidas preventivas. Atiende por el nombre de «principio de precaución». Su novedad radica en que traslada al sistema jurídico una idea que predomina en el mundo científico desde el primer tercio del siglo XX, cuando el pensamiento causal dejó paso al paradigma de la incertidumbre como límite al hallazgo de leyes explicativas sobre el comportamiento de la materia y contribuyó además, con carácter general, a la expansión del indeterminismo<sup>9</sup>. Es cierto que bajo esas premisas podría justificarse tanto el avance de la irresponsabilidad empresarial (porque la duda sobre la generación del daño obstaculiza su imputación) como su reforzamiento (mediante el despliegue de una red de obligaciones a cargo de quien domina el proceso productivo con el objeto de evitar el perjuicio al ser humano, incluso a costa de perder total o parcialmente el beneficio económico que le reportaría dicha actividad). El sistema de valores imperante en la sociedad inclinará la balanza en uno u otro sentido. Cuando la nuestra adopta el principio de precaución se sitúa en la segunda de las opciones señaladas, es decir adjudica el deber de evitar el daño a quien domina su creación por emprender una actividad industrial de la que pueden derivarse daños para la salud de los ciudadanos. Este principio, que nace en la legislación medioambiental alemana de los años setenta y aparece después de manera esporádica en distintos instrumentos jurídicos internacionales, pasa a formar parte del acervo comunitario en Maastricht, gracias a la introducción en el Tratado CEE del art. 134 R (actualmente, art. 174), que contiene la siguiente declaración: «la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado (y) se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga». Como es patente, se trata de un reconocimiento programático que no aclara el contenido ni el alcance del principio de precaución, cuya primera formulación algo detallada aparece poco después, en la Declaración de Río de 1992: «Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, *la falta de certeza científica absoluta* no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente». La incertidumbre pasa así a engrosar el «debe» empre-

---

<sup>9</sup> Vid. una explicación muy estimable de la mecánica cuántica y sus implicaciones en otros campos científicos en BOHR, *La teoría atómica y los principios fundamentales de la descripción de la naturaleza* (1926), en HEISENBERG/BOHR/SCHRÖDINGER, *Física cuántica*, trad. Sánchez Ron, Madrid, 1996, p. 465 ss. Asimismo, una explicación sencilla en HAWKING, *Historia del tiempo*, trad. Miguel Ortuño, 4ª ed., 2003, p. 81 ss.

sarial; el desarrollo industrial se somete al derecho a un ambiente saneado, si bien es cierto que se trata de una sumisión relativa, a expensas de la oportuna evaluación de costes.

Por mucha discrepancia que exista en la doctrina sobre la necesidad de vincular la protección del medio ambiente a la tutela de la salud de las personas, no resulta factible una separación neta entre ambos aspectos. Cualquier decisión que se tome respecto al medio ambiente afecta de manera directa o indirecta a la salud pública. Directamente porque el ser humano puede considerarse un factor medioambiental más, de manera que tanto quienes hoy vivimos como las futuras generaciones podemos resultar perjudicados por actos que lesionen el entorno ambiental. Indirectamente, también, porque la contaminación del agua o del aire provoca alteraciones en la fauna y en la flora, que constituyen la sustancia nutriente del ser humano una vez transformadas<sup>10</sup>. Desde un punto de vista normativo, además, el art. 174 del Tratado CEE vincula la política europea de medio ambiente a la preservación de la salud de las personas y el art. 152 del mismo Tratado contiene una declaración de gran alcance sobre la orientación general de la política de la Unión: «Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. La acción de la Comunidad, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades y evitar las fuentes de peligro para la salud humana». En virtud de este y los anteriores preceptos mencionados, la Unión ha aprobado un *Programa de Acción Comunitario (2002-2008)* que promueve una «estrategia integrada e intersectorial» para la protección de la salud pública y el medio ambiente, plasmada en la «Iniciativa SCALE», cuyas características generales fueron comunicadas por la Comisión en junio de 2003. Todo ello indica el grado de cohesión que existe entre la política medioambiental y la tutela de la salud pública, y justifica la aplicación del criterio de la precaución o cautela a la seguridad alimentaria, ámbito en el que ha alcanzado un grado de penetración mayor que en otros a raíz de la importante epidemia de *Encefalopatía Espongiforme Bovina* (EEB).

En efecto, esta enfermedad apareció con carácter epizootico en la cabaña de ganado vacuno del Reino Unido a partir de 1985 y se extendió posteriormente a otros países de Europa. En una primera fase, constituyó una preocupación meramente económica, por el alto número de reses enfermas, pero en 1996 comenzó a sospecharse que su ingestión era la probable causa de un brote de la *Enfermedad de Creutzfeldt-Jakob*, patología que provoca la degeneración neurovegetativa en personas jóvenes. Esa sospe-

---

<sup>10</sup> Resulta ilustrativo, a este respecto, el Informe *Repercusiones del vertido del Prestige en la seguridad alimentaria*, Agencia Española de Seguridad Alimentaria, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1 de abril de 2003.

cha fue suficiente para que la Comisión prohibiera la exportación de ganado vacuno desde el Reino Unido<sup>11</sup>, originando el consiguiente conflicto de intereses. En ese contexto nace el principio de precaución en materia alimentaria, cuyo primer esbozo queda recogido en la Sentencia del Tribunal de Justicia que resolvió la impugnación inglesa contra la Decisión de la Comisión, con las siguientes apreciaciones: «En el momento en que se adoptó la Decisión existía una gran *incertidumbre* en cuanto a los riesgos que suponían los animales vivos, la carne de vacuno o los productos derivados. Ha de admitirse que cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas las instituciones pueden adoptar medidas de protección *sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos*. Corroborra este punto de vista el apartado 1 del artículo 130 R del Tratado CE, según el cual la protección de la salud de las personas forma parte de los objetivos de la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente. El apartado 2 de ese mismo artículo prevé que dicha política, que tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, se basará, entre otros, en los *principios de cautela (o precaución) y de acción preventiva*, y que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad»<sup>12</sup>.

A comienzos del año 2000, las instituciones comunitarias eran conscientes de que la carencia de una definición más detallada del principio de precaución provocaba una perniciosa inseguridad jurídica. Para resolver esta carencia, la Comisión emitió una Comunicación el 2 de febrero de ese año en la que desarrollaba el procedimiento para la aplicación de dicho principio, distinguiendo nítidamente dos fases sucesivas: en primer lugar, debe existir una adecuada *evaluación del riesgo*, sujeta a los oportunos análisis científicos mediante los cuales se detecte la conexión entre un factor productivo (ya sea energético, alimentario, etc.) y un probable daño al medio ambiente o a la salud humana. Dicho análisis debe basarse en datos objetivos, quizá no exhaustivos todavía pero sí contrastables. El grado de incertidumbre sobre el daño potencial queda a expensas de evaluaciones sucesivas del riesgo a partir de las conclusiones que vayan aportando los análisis sucesivos. No se exige, desde luego, una demostración completa de la relación causa-efecto entre la acción humana y el efecto nocivo<sup>13</sup> sino un indicio, con base científica, de dicha relación. La segunda fase, de *gestión del riesgo*, tiene una cariz comple-

<sup>11</sup> Mediante la Decisión 96/239/CE, de 27 de marzo de 1996.

<sup>12</sup> STJCE de 5 de mayo de 1998 (subrayado mío). Para BECK, este caso representa un «ejemplo de manual» de la sociedad del riesgo (*La sociedad del riesgo global*, cit, p. 76.)

<sup>13</sup> Sobre ello, vid. el excelente trabajo de TORÍO, *Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización*, en Revista de Derecho penal, n.º 1, 2000, p. 13 ss., especialmente, p. 21 ss.

tamente distinto. En ella, la autoridad pública competente (lo que podríamos denominar el «agente político») debe tomar las medidas de precaución que estime necesarias para *gestionar* ese riesgo, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en el problema, incluidas las de índole económica, y bajo la premisa de que la neutralización completa del riesgo puede desembocar en perjuicios económicos notables. En efecto, la opción por el «riesgo cero» ocasionaría con toda probabilidad serios perjuicios económicos y sociales<sup>14</sup>. La Comunicación traduce jurídicamente este conflicto al obligar al agente político a que adopte medidas «proporcionales», esto es que ponderen debidamente el correspondiente análisis de costes y beneficios socioeconómicos. Por eso se califica este principio como «una guía para la decisión política»<sup>15</sup> o, si se quiere, como un criterio orientador de la política de medio ambiente y salud pública<sup>16</sup>. En la propia Comunicación de la Comisión puede leerse que

---

<sup>14</sup> El Informe del Consejo Económico y Social de la Unión Europea corrobora esta afirmación al decir que: «El retorno de la confianza pasa por la puesta a punto de un dispositivo de control de los conocimientos por encima de toda sospecha. Hay que estructurar el control científico que tiene como objetivo la identificación de indicios débiles. Sin capacidad de tratar los indicios débiles, el responsable de las decisiones sólo puede reaccionar en términos de todo o nada y, en el contexto de la salud pública actual, va probablemente a reaccionar: la población no exige un riesgo cero, pero exige que se tengan en cuenta sin demora los conocimientos sobre los factores de riesgo».

<sup>15</sup> SCHETTLER /BARRETT/RAFFENSPERGER *The Precautionary Principle: Protecting Public Health and the Environment*, en Science and Environmental Health Network (<http://www.sehn.org>). Vid. RAFFENSPERGER/TICKNER. (EDS). *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*. Ed: Island Press, Washington DC, 1999. SCHETTLER / BARRETT/ RAFFENSPERGER. *The Precautionary Principle*. In: Life Support: The Environment and Human Health. Ed: McCally M. Cambridge, MA:MIT Press. 2002. MYERS, *The precautionary principle. Puts values first*, en Bulletin of Science, Technology & Society, vol. 22, n. 3, junio 2002, p. 211.

<sup>16</sup> Sobre la naturaleza jurídica del principio de precaución, Vid. ROMEO CASABONA, *Principio de precaución, bioseguridad y Derecho europeo*, en *Genética y Derecho*, II (Estudios de Derecho Judicial, n.º 40), Madrid, 2003, p. 166 ss. EL MISMO, *El principio de precaución en las actividades de riesgo*, en *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo* (Cuadernos de Derecho judicial, 2002-III), Madrid, 2002, p. 26 ss. Buen ejemplo de cómo «funciona» el principio de precaución es el Libro blanco «Estrategia para la futura política en materia de sustancias y preparados químicos» COM, 2001-88, 27.2.2001, en el que la Comisión se extiende por igual en consideraciones relativas a la salud de los ciudadanos europeos y a la competitividad de la industria química, calibrando el peso de la europea en un 31 % del total mundial. Sólo tras estos datos, el Libro advierte de que «sin embargo, algunas sustancias químicas afectan seriamente a la salud humana, pues ocasionan sufrimiento y muerte prematura» (p. 4). Más adelante se cuantifica el coste de los ensayos previos, necesarios para la evaluación del peligro, y se advierte de que la industria europea no correrá con todos los gastos: los importadores (países en vías de desarrollo) asumirán «una parte equitativa» de los mismos. La sospecha sería de que los «alteradores endocrinos» causan dolencias tales como cáncer de testículos, mama y próstata conlleva su clasificación como sustancias sujetas a autorización, pero no se prohíben taxativamente (p. 21); es más, se añade que, en esa fase de autorización, «podrán tomarse en consideración las consecuencias socioeconómicas de la medida»(p. 22).



«juzgar cuál es el nivel de riesgo «aceptable» para la sociedad es una responsabilidad eminentemente *política*».

Ese sesgo político-económico del principio de precaución, que trasciende la mera neutralización de riesgos para la salud y sirve como mecanismo de control de las transacciones comerciales, queda corroborado por el *Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias* de la Organización Mundial de Comercio (de la que es parte la Unión Europea), cuyo artículo 5.3º establece que «al evaluar el riesgo para la vida o la salud de los animales o la preservación de los vegetales y determinar la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra ese riesgo, los Miembros tendrán en cuenta como factores económicos pertinentes: el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada, radicación o propagación de una plaga o enfermedad; los costos de control o erradicación en el territorio del Miembro importador; y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos». En el apartado siguiente del mismo artículo se remacha esa idea: «al determinar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros deberán tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio»<sup>17</sup>.

Ya se comentó anteriormente que el principio de precaución alcanza consistencia en la Unión Europea a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia sobre las «vacas locas», es decir, como mecanismo jurídico para resolver un problema de seguridad alimentaria. A partir del año 2000, su desarrollo en esta área puede calificarse de notable, tanto en el ámbito legislativo como en el judicial. Por lo que al primero se refiere, el Reglamento (CE) n° 178/2002, de 28 de enero de 2002<sup>18</sup> sitúa el principio de precaución en el eje de la seguridad alimentaria europea. Su art. 3 define el «riesgo» como «la ponderación de la probabilidad de un efecto perjudicial para la salud y de la gravedad de ese efecto, como conse-

---

<sup>17</sup> El Considerando 17 del Reglamento (CE) n° 1831/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre los aditivos en la alimentación animal enuncia claramente la necesidad de coherencia el interés de la salud con otros de distinta índole: «Se reconoce que en algunos casos, la evaluación científica del riesgo no puede por sí sola ofrecer toda la información en la que debe basarse una decisión relacionada con la gestión del riesgo, y que es legítimo tener en cuenta otros factores pertinentes, entre ellos factores de carácter sociológico, económico y medioambiental, así como la viabilidad de los controles y el beneficio para los animales o para los consumidores de productos de origen animal».

<sup>18</sup> Reglamento (CE) n° 178/2002, de 28 de enero, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la seguridad alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. *DOCE, L31/1, 1.2.2002*.

cuencia de un factor de peligro», factor que viene definido en el mismo artículo como «todo agente biológico, químico o físico, presente en un alimento o en un pienso, o toda condición biológica, química o física de un alimento o un pienso que pueda causar un efecto perjudicial para la salud». Antes de adoptar medidas de precaución debe realizarse una «determinación del riesgo», que exige la identificación del factor de peligro y debe basarse en las pruebas científicas disponibles y realizarse de manera independiente, objetiva y transparente. La Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESA) queda encargada por el Reglamento de emitir los dictámenes oportunos, para lo que se crean en su seno Comisiones técnicas científicas<sup>19</sup>. Para determinar si un alimento es *nocivo*, el art. 14.4 del Reglamento exige que se valoren: «a) los probables efectos inmediatos y a corto y largo plazo de ese alimento, no sólo para la persona que lo consume sino también para sus descendientes; b) los posibles efectos tóxicos acumulativos; c) la sensibilidad particular de orden orgánico de una categoría específica de consumidores, cuando un alimento esté destinado a ella». El Reglamento aplica los parámetros de la Comunicación de 2000 al sector que regula con el objeto de gestionar un riesgo incierto, en cuanto a su dimensión o alcance, pero cierto en cuanto a su misma existencia, que tiene origen en ese «factor de peligro» cuya identificación científica permite *determinar* el riesgo y desencadena los procedimientos para su gestión (art. 3 del Reglamento 178/2002).

Las disposiciones posteriores en esta materia se remiten al Reglamento para todo lo concerniente a la aplicación del principio de precaución. Entre ellas cabe citar el Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente, como el Reglamento (CE) n° 2065/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de noviembre de 2003, sobre los aromas de humo, Recomendación de la Comisión, de 4 de marzo de 2002, relativa a la reducción de la presencia de dioxinas, furanos y policlorobifenilos (PCB) en los piensos y los alimentos; el Reglamento (CE) n° 1946/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, relativo al movimiento transfronterizo de organismos modificados genéticamente, y el Reglamento (CE) n° 1831/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre los aditivos en la alimentación animal. Por lo demás, la Comisión ha adoptado distintas Decisiones de inmediata aplicación ante la comprobación de un riesgo inminente para la salud de los europeos. Así, la Decisión 2002/247/CE, de 27 de marzo de 2002, por la que se suspende la comercialización y la importación de artículos de confitería a base de gelatina que contienen el aditivo alimenta-

---

<sup>19</sup> El Reglamento (CE) 1304/2003, de 11 de julio, regula el procedimiento de solicitud de los dictámenes científicos a la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria.



rio E 425 konjac<sup>20</sup> y la Decisión 2003/460/CE, de 20 de junio de 2003, sobre las medidas de emergencia relativas al chile picante y sus productos derivados<sup>21</sup>.

En el ámbito del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el principio de precaución ha sido objeto de litigio en varias resoluciones<sup>22</sup>, aunque sólo en las Sentencias de 11 de septiembre de 2002 (Casos *Alpharma* y *Pfizer*) alcanza un desarrollo argumental notable, con una descripción exhaustiva del procedimiento a que da lugar. Dichas Sentencias analizan la revocación de la autorización para administrar al ganado determinados antibióticos (bacitracina-zinc y virginiamicina) por el riesgo de generar resistencia en seres humanos como efecto a medio plazo. Las empresas farmacéuticas impugnaron la revocación y ello dio origen a sendos procedimientos en los que se discutía sobre todo la evaluación de los riesgos efectuada. Por referirnos sólo a una de las resoluciones, dada la similitud entre ambas, en el *Caso Alpharma* la empresa farmacéutica reprochó a la Comisión el haber optado por un «riesgo cero» ante la ausencia del oportuno análisis científico. El Tribunal advertía que «no puede constituir una motivación válida para una medida preventiva una concepción del riesgo puramente hipotética, basada en meras suposiciones aún no verificadas científicamente» (156). Sin embargo, «como las partes coinciden en reconocer, en esta materia no puede existir un «riesgo cero», pues no es posible probar científicamente que la adición de antibióticos a la alimentación animal no entraña en absoluto el más mínimo riesgo actual o futuro». El Tribunal insiste en el carácter «científico» de la *evaluación del riesgo* y en el carácter «político» de la determinación del riesgo *aceptable* (162); por ello, la autoridad pública que pretenda adoptar medidas cautelares invocando el principio de precaución debe contar siempre con informes científicos, que en este caso hubieran debido emitirse por el SCAN (Comité científico para la alimentación animal). Aunque la Sentencia reconoce que no existió dicho informe, considera que no constituye un punto de apoyo obligado para decretar medidas cautelares,

---

<sup>20</sup> La Decisión pretendía evitar el riesgo de muerte por asfixia, sobre todo en niños, como consecuencia de la ingestión de este producto. La medida se toma, según afirma el Preámbulo de la Decisión, porque se han constatado casos de muerte causados por ese alimento y no por un sospecha más o menos vaga.

<sup>21</sup> Esta Decisión se basa en datos experimentales que demuestran el carácter carcinógeno genotóxico del «Sudán rojo I» componente habitual del chile importado de la India. Por ello, la Decisión prohíbe la importación de este aditivo alimentario cuando contenga el citado agente.

<sup>22</sup> Aparte de las citadas en el texto, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal de primera instancia (Sala Segunda) de 10 de marzo de 2004 (*Malagutti-Vezinhet / Comisión*). Sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2000 (*Eurostock Meat Marketing*) y de 22 de octubre de 2002 (*National Farmers' Union*).

pero siempre que «exista la certeza de que la *objetividad científica* ha quedado debidamente garantizada», requisito que —a juicio del Tribunal— quedaba satisfecho en el *Caso Alpha* mediante diversos informes de otros organismos. En el Fundamento 244, la Sentencia afirma que «las partes coinciden en reconocer que la utilización de la bacitracina-cinc como aditivo en la alimentación animal sólo constituye un riesgo para salud humana si, a causa de dicha utilización, se desarrolla una resistencia a dicho antibiótico en los animales de que se trate, si dicha resistencia puede transferirse del animal al hombre y si el desarrollo de la resistencia en el ser humano anula o reduce la eficacia de dicho antibiótico contra ciertas infecciones peligrosas en el ser humano». En consecuencia, deberían existir análisis científicos que permitieran al menos sospechar la consistencia de dicha cadena causal, en cuyo caso estaría legitimada la autoridad pública para impedir la utilización del antibiótico. A este respecto, la Sentencia sostiene que «pese a la gran incertidumbre científica subsistente en cuanto a la existencia de dicha relación, al adoptarse el Reglamento impugnado existía un *consenso muy amplio entre los especialistas científicos* según el cual la probabilidad de que se desarrollara una resistencia antimicrobiana en el ser humano debido a la utilización de antibióticos como aditivos en la alimentación animal era máxima en el caso de los antibióticos que, además de ser utilizados como aditivos en la alimentación animal, se utilizaban también en medicina humana o de los que se sabía que seleccionaban una resistencia cruzada a antibióticos utilizados en medicina humana.»(287). A continuación, la Sentencia alude a una serie de informes científicos que dan cuenta del riesgo y expone la prolija discusión científica sobre un aspecto clave de la cuestión: de qué modo puede transferirse la resistencia antimicrobiana del animal al ser humano. La política de «riesgo cero» queda desvirtuada desde el momento en que se autorizan otros antibióticos que no incurrir en la «doble utilización»<sup>23</sup>. Con posterioridad, la Sentencia de 9 de septiembre de 2003

---

<sup>23</sup> El Considerando 25 del Reglamento (CE) n.º 1831/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre los aditivos en la alimentación animal advierte de que «En su dictamen de 28 de mayo de 1999, el Comité científico director señaló que: «La utilización de antimicrobianos promotores del crecimiento pertenecientes a categorías utilizadas o que pueden utilizarse en la medicina humana o veterinaria (es decir, cuando hay un riesgo de selección de una resistencia cruzada a los medicamentos utilizados para tratar las infecciones bacterianas) debe ir reduciéndose lo más rápidamente posible y, por último, suprimirse». El segundo dictamen del Comité científico director sobre la resistencia a los antimicrobianos, que se adoptó los días 10 y 11 de mayo de 2001, confirmó la necesidad de prever un período de tiempo suficiente para reemplazar dichos antimicrobianos por productos alternativos: «El proceso de retirada progresiva debe planificarse y coordinarse adecuadamente, ya que una acción precipitada podría tener repercusiones en la sanidad animal».

(*Caso Monsanto*)<sup>24</sup>, ha confirmado la línea jurisprudencial reseñada, insistiendo en dos puntos fundamentales: que debe existir una base científica sobre la cual pueda definirse con mayor o menor grado de incertidumbre el riesgo generado (descartando, pues, el riesgo meramente hipotético) y que la debilidad de los datos científicos no impide la adopción de medidas cautelares, sólo obliga a realizar en el futuro ulteriores evaluaciones para reducir la incertidumbre.

En resumen, pues, el principio de precaución es un procedimiento para la gestión política del riesgo, en cuya virtud la autoridad pública señala cuál es el límite del *riesgo permitido* basándose para ello en un *análisis del riesgo* cuyo carácter rigurosamente científico debe quedar avalado por la independencia del órgano emisor del dictamen. Corresponde analizar ahora de qué manera afecta a la configuración de los delitos contra la seguridad alimentaria, previstos en el Código Penal español, este novedoso principio regulador. En los últimos años, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recurrido a él para reinterpretar determinados delitos de peligro que castigan los atentados contra la misma. Quizá asistimos a un cambio de paradigma, enmarcado en la sociedad del riesgo, que nos lleve a un modelo de Derecho penal más intervencionista con el fin de garantizar mayores cotas de seguridad al ciudadano. Por ahora basta con lanzar como hipótesis o punto de partida que la influencia de un principio basado en la evaluación y gestión del peligro sobre figuras penales que lo tipifican puede ser especialmente intensa. Como se verá más adelante, sin embargo, ello depende esencialmente del modelo de Derecho penal que se propugne y de la consistencia con que se manejen otros principios reguladores que, pese a ser más antiguos, no deberían caer en saco roto. En este sentido, creo que la paradoja de LYOTARD<sup>25</sup> —a la que antes se hacía referencia— genera en nuestra disciplina una paradoja derivada, ya que el Derecho penal se caracteriza por la búsqueda de fórmulas de interpretación y aplicación de las normas capaces de dotar al ciudadano de la seguridad

---

<sup>24</sup> El Tribunal analiza en esta Sentencia una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano tras la decisión del Gobierno de ese país de prohibir la comercialización de maíz genéticamente modificado por la incertidumbre en cuanto a los daños que podía ocasionar a la salud. Al margen de otras cuestiones de procedimiento, la Sentencia recuerda que no pueden adoptarse medidas de precaución ante un riesgo meramente hipotético, basado en meras suposiciones no verificadas científicamente. «Tales medidas suponen, en particular, que la evaluación de riesgos con que cuenten las autoridades nacionales arroje indicios concretos que, sin perjuicio de la incertidumbre científica, permitan concluir razonablemente, sobre la base de los datos científicos disponibles de mayor fiabilidad y de los resultados más recientes de la investigación internacional, que dichas medidas son necesarias para evitar que se introduzcan en el mercado nuevos alimentos que puedan poner en peligro la salud humana».

<sup>25</sup> Vid. nota 4.

jurídica imprescindible para programar su conducta. Éste es también un postulado político, como el principio de precaución. De su conjugación depende la preponderancia de uno u otro, o quizá su coordinación.

## II. Principio de precaución, riesgo «permitido» y ley penal en blanco. (Propuesta orientativa de la jurisprudencia constitucional relativa al principio de legalidad)

Según la moderna teoría del delito, la prohibición penal de una conducta requiere que la misma haya creado o incrementado el riesgo de lesión del bien jurídico y, además, que dicho riesgo sea ilícito o «no permitido». Pese a la polémica que suscita la configuración de este concepto, no es objeto de discusión que las conductas permitidas o autorizadas en otros sectores del ordenamiento no pueden ser objeto de conminación penal, por un simple criterio de coherencia jurídica. En el campo de la seguridad alimentaria, el principio de precaución nace como instrumento para resolver el conflicto entre los intereses (económicos) de la industria y el derecho a la salud de los ciudadanos, dando un cierto predominio a este último. Su radio de acción depende del tipo de sociedad en la que nos encontremos: en los países poco desarrollados, el papel de la precaución tiende a supeditarse al beneficio económico; por el contrario, en sociedades avanzadas —como la europea— la calidad de vida de los ciudadanos obliga a su adopción. En este sentido, puede afirmarse que el principio es *funcional* a la actual «sociedad del riesgo» del siglo XXI<sup>26</sup>: la determinación del riesgo «aceptable» o «permitido» depende de una decisión política al respecto. En el espacio europeo, dicha decisión será adoptada por los órganos centrales o por los países miembros —de acuerdo con la distribución de competencias existente—, que la reflejarán en normas de carácter general; buen ejemplo de este procedimiento son los Reglamentos comunitarios que se acaban de citar.

---

<sup>26</sup> Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Trad. Cancio Meliá, Bogotá, p. 17. También FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, trad. Cancio Meliá, De la Gándara Vallejo, Jaén Vallejo y Reyes Alvarado. Supervisión de Ventura Püschel, Madrid, 1995, p. 84: «La teoría de la imputación objetiva y las teorías de la conducta típica construidas sobre ella, tienen razón en lo siguiente: ya el tipo objetivo del delito —consumado— de resultado es cumplido sólo por aquellas formas de conducta que, de acuerdo con las circunstancias dadas en el momento de actuar, se muestran como creación de un peligro típicamente relevante. De este modo, se excluyen ya en el plano del tipo objetivo de los delitos de resultado aquellas formas de conducta que en ese momento se muestran únicamente como la creación de un riesgo general tolerado del respectivo ámbito de la vida. Eso vale tanto para los delitos dolosos (para los que el dolo debe referirse a un tal riesgo típicamente relevante) como para los culposos».

Basta invocar un elemental criterio de racionalidad legislativa para comprender que la decisión política de carácter criminal depende de esa decisión política general. El legislador penal está obligado a reconocer su papel subsidiario y a definir las conductas punibles con la flexibilidad suficiente para dar entrada en el tipo a esa decisión política principal que define el campo del riesgo permitido. Cuenta con dos opciones para ello: introducir elementos normativos o recurrir a la técnica de la ley penal en blanco. Nuestro legislador ha optado en líneas generales por esta última, que configura un sistema de *accesoriedad al Derecho*, capaz de garantizar la coordinación entre los distintos campos normativos. Pero sobre la ley penal en blanco recae la sospecha de vulnerar el principio de legalidad, que dirige un mandato al legislador para que conserve la definición de la conducta punible y no delegue en el poder ejecutivo una competencia tan esencial en el marco del Estado de Derecho. Al dar entrada en el tipo a normas de rango inferior o distinto a la ley, podría producirse esa infracción. A mi modo de ver, el conflicto planteado no ha sido resuelto adecuadamente por el Tribunal Constitucional, cuya doctrina no tiene en cuenta el papel que cumple el riesgo permitido en la configuración del tipo penal.

Si el principio de legalidad tuviera como única misión garantizar la seguridad jurídica, no cabría poner ninguna objeción al recurso a normas de rango inferior, porque éstas podrían definir con absoluta claridad la conducta prohibida. Sin embargo, el principio de legalidad tiene un alcance mayor, pues representa en realidad una doble garantía: de *seguridad*, por una parte, y de *legitimidad*, por otra. Sólo cuando ambas confluyen puede afirmarse que el ciudadano tiene garantizada la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (judicial, ejecutivo e, incluso, legislativo), misión que condensa mejor que ninguna otra el postulado de la legalidad desde sus orígenes histórico-políticos<sup>27</sup>. En efecto, la garantía de legitimidad no quedaría colmada si el legislador penal, haciendo dejación de sus funciones —es decir, olvidando que ostenta el monopolio de criminalización—, entregara al poder ejecutivo la potestad de definir la conducta delictiva. Esa es la clave de la cuestión: la ley penal en blanco no es sospechosa de infringir el principio de legalidad por atentar contra la seguridad jurídica sino porque puede vulnerar la garantía de legitimidad o, lo que es lo mismo, la reserva de ley en materia penal. A este pensamiento responde la doctrina del Tribunal Constitucional español desde la Sentencia de 5 de julio de 1990, en la que considera que existen razones fundadas para permitir al legislador penal el recurso a las remisiones a normas de rango inferior, con la con-

---

<sup>27</sup> Vid, al respecto, mi libro *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992.

dición de que no deje de definir en la propia ley penal la «esfera de prohibición». Entiende el Alto Tribunal, acertadamente, que cuando el legislador opera de este modo no hace dejación de sus funciones porque mantiene en sus manos la definición del ámbito prohibido aunque recurra al orden administrativo para completar el tipo. Muy expresiva resulta, a este respecto, la STC 120/1998, de 15 de junio, que justifica la remisión a normas reglamentarias de ámbito regional en el hecho de que la norma autonómica representa sólo «un *elemento inessential* de la figura delictiva», toda vez que «el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente»<sup>28</sup>. Para comprender el alcance de esta doctrina constitucional en los delitos contra la seguridad alimentaria pueden compararse las conductas castigadas en los arts. 363 y 364.2.4°:

Art. 363: «Los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores (...)1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición».

Art. 364.2.4°: «Despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos».

La diferencia entre uno y otro precepto estriba en el contenido lesivo de la conducta que aparece prevista en el tipo, al margen de la remisión. Mientras el art. 363.1 —leído de este modo fragmentario— castiga a quienes provocan un peligro para la salud de los consumidores, lo que expresa una exigencia de lesividad penal propia, el art. 364.2.4° no contiene otro factor de daño que la omisión de las formalidades reglamentarias, pues la conducta que sanciona (despachar carne) carece en sí misma de lesividad penal. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, este segundo precepto podría vulnerar el principio de legalidad.

Ahora bien, como se anunciaba antes, esa doctrina no es aceptable porque desconoce aspectos básicos de la tipificación penal cuando exige que la remisión se limite a completar aspectos secundarios o no esenciales de la incriminación y no afecte al propio núcleo de ésta. Si ello fuera cierto, habría que derogar, por inconstitucionales, gran número de preceptos del Código Penal vigente. Porque una cosa es que el tipo

---

<sup>28</sup> En sentido similar se expresa la jurisprudencia constitucional alemana, según la cual «la prohibición penal tiene que ser ya previsible a partir de la ley»; cfr. TIEDEMANN, *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas*, en *Revista de Ciencias Penales*, Vol. 1, n° 2, 1998, p. 518.



contenga elementos definidores de la prohibición penal ajenos a la norma remitida y otra muy distinta que ésta no *comparta* esa tarea de definición. Para explicarlo, recurriré de nuevo al art. 363.1 CP, que es conforme a la Constitución. Ciertamente, el tipo contiene un factor de lesividad penal, porque la infracción reglamentaria debe ir acompañada de un resultado de peligro para la salud de los consumidores, pero la concurrencia de ese factor (el resultado) no basta para castigar el hecho, pues para ello debe acreditarse la infracción de una norma, quizá reglamentaria. Si ésta no se produce, cualquier conducta del sujeto que genere un riesgo será perfectamente lícita (riesgo permitido) y no cabrá respecto de ella reproche penal alguno. Así pues, la norma remitida, al definir el ámbito de riesgo permitido, cumple un papel *esencial* en la definición de la esfera de prohibición: de ella depende la concurrencia del desvalor de acción *necesario* para configurar el injusto penal del hecho. Representa, en definitiva, una condición *necesaria*, aunque no *suficiente*, para el castigo del comportamiento, un papel muy distinto del «*inesencial*» que le atribuye la doctrina del Tribunal Constitucional, como se ha podido apreciar. Bajo estas condiciones, sólo vulnerarían el principio de legalidad aquellas leyes que delegaran en una norma de rango reglamentario la determinación completa de la esfera de prohibición, provocando una superposición indeseable del orden administrativo sobre el penal.

Los efectos directos de esta reorientación de la doctrina constitucional sólo podrán percibirse cuando se sometan al Alto Tribunal los preceptos que incurren en esa vulneración. Mientras tanto, el Tribunal Supremo puede hacerse eco de ella al aplicar aquellas normas penales en las que el legislador ha expresado una remisión de alcance indeterminado y ofrecer una solución acorde con la Constitución aunque el tenor literal del precepto permita igualmente otra interpretación menos plausible<sup>29</sup>. Desde luego, no ha sido esa la opción hermenéutica elegida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en una serie de resoluciones dictadas últimamente en materia de seguridad alimentaria con motivo de la utilización de clenbuterol para el engorde de ganado vacuno. En efecto, desde la Sentencia de 6 de noviembre de 1999 hasta la de 15 de septiembre de 2002, el Alto Tribunal interpreta el art. 364.2.1 CP de tal manera que el único factor de lesividad penal presente en el tipo, es decir el riesgo para la salud de las personas, queda replegado sobre la mera infracción administrativa o, lo que es peor, sobre la mera sospecha de la Administración respecto a la nocividad del producto. Más adelante tendré oportunidad de referirme con detenimiento a esas resoluciones; por ahora, me interesa destacar que en ellas se invoca de manera espu-

---

<sup>29</sup> En el sentido del texto, TIEDEMANN, *La ley penal en blanco*, cit. p. 519.

ria el principio comunitario de precaución, que en modo alguno permite la violación de derechos fundamentales<sup>30</sup>.

Por lo demás, esta reflexión sobre la confluencia del riesgo permitido con la técnica de las leyes penales en blanco afecta con carácter general a ese sector de nuestra disciplina que se ha convenido en denominar «moderno Derecho penal», un sector plagado de este tipo de leyes que delegan buena parte de la definición del desvalor de acción en una instancia ajena al legislador penal, como lo es el poder ejecutivo, mientras conservan para sí la delimitación del desvalor de resultado. Se trata de una posible patología del sistema penal que reclama un análisis ulterior. Baste por ahora llamar la atención sobre las consecuencias que se derivan de ella cuando se mantiene una concepción monista del injusto, que prescinde de las consideraciones político-criminales mantenidas aquí y apela a una configuración del sistema penal en la que el desvalor de resultado no cumple ningún papel esencial. Es probable que esas doctrinas estén auspiciando indirectamente una retorsión del principio de legalidad y el repliegue de la función legislativa en beneficio de un progresivo reforzamiento del poder ejecutivo, allanando el camino a operaciones recreativas de un Derecho penal de signo totalitario.

### III. Tipificación del peligro contra la seguridad alimentaria.

#### 1. Delimitación del bien jurídico protegido.

La salud individual es objeto de protección penal en los distintos delitos de lesiones; se trata de un capítulo tradicional de los Códigos Penales que no es objeto de controversia alguna en lo que se refiere a la justificación de la intervención penal: en la actualidad, el legislador actúa bajo la cobertura del art. 15 CE<sup>31</sup>, cuyo tenor ha permitido ampliar el radio de protección hasta acoger a la salud psíquica, que últimamente ha adquirido una enorme importancia a raíz de la tipificación del delito

---

<sup>30</sup> Según ROMEO CASABONA (*El principio de precaución en las actividades de riesgo*, cit., p. 41), el principio de precaución podría «de lege lata» llevar al castigo de conductas sobre las que no fuera probada la previsibilidad del resultado (de peligro o de daño) «cuando tenga cabida por medio de la remisión del tipo penal a una norma extrapenal que establezca los presupuestos para la realización de la actividad». Si se acepta esto quedaría superpuesta la prohibición penal con la puramente administrativa y se lesionarían a un tiempo los principios de legalidad y lesividad.

<sup>31</sup> Cfr., por todos, BERDUGO, *Delitos contra la salud personal*, p. 84 ss.

de maltrato habitual. El traslado de este delito al capítulo en el que se castigan los atentados a la integridad moral no es razón suficiente para desvirtuar esa cobertura, no sólo porque aquélla aparece reconocida igualmente en el citado precepto constitucional sino sobre todo porque esta opción político-criminal parece obra de un errático y delicuescente legislador, careciendo por ahora del suficiente asentamiento doctrinal.

Por lo que se refiere a los delitos contra la salud pública, acreditan una descripción legislativa autónoma muy antigua. DOVAL PAÍS refiere antecedentes en la Novísima Recopilación y una incipiente tutela en el Código de 1822, acorde con la tradición latina que define nuestra Codificación<sup>32</sup>. No es pacífica, sin embargo, la relevancia que la doctrina concede a esa tipificación independiente a la hora de valorar la autonomía del bien jurídico. Para un sector de ella, la necesaria referencia a la salud del individuo como origen de la tutela imposibilita la aceptación de la salud pública como interés autónomo<sup>33</sup>. Para otros, la moderna configuración de las relaciones socio-jurídicas permite considerar este bien jurídico como un concepto diferenciado de la salud personal, es decir como un bien jurídico colectivo con entidad propia<sup>34</sup>. Finalmente, DOVAL PAÍS y SOTO NAVARRO confieren a la estructura típica (el peligro) un papel esencial para delimitar el bien jurídico: se anticipa la tutela de la salud de todas las *personas*, de manera que el objeto de la acción sigue siendo individual, aunque generalizado o abstracto<sup>35</sup>. Si bien me

---

<sup>32</sup> Cfr. DOVAL PAÍS, *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996, p. 40 ss.; TORIO, *Problemas político criminales en materia de drogadicción*, en *Delitos contra la salud pública, Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, 1977, p. 504 ss. con referencias a CARRARA y ANTOLISEI; GROSSO, C.F., *Diritto penale e tutela della salute*, en *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, p. 97 s. Vid., asimismo, CASABÓ, *El art. 348 del Código Penal*, en *Delitos contra la salud pública*, p. 115 s. donde alude a la inclusión en el Título V de la Parte I del Plan de Código Criminal de 1787 de un epígrafe titulado: «De los delitos contra la salud pública», que aparece tomado de FILANGIERI.

<sup>33</sup> RODRIGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, 1977, p. 444 s.

<sup>34</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor. Salud pública y consumidor*, Barcelona, 1991, p. 69 ss. Especialmente, p. 74 s.; en el mismo sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales* (art. 364.2), Valencia, 2002, p. 52 s. Sigue esta opinión la STS 12/10/2001 (Sala de lo Penal), de 11 junio: «El art. 364.2º no tutela de modo inmediato la salud individual de un consumidor concreto, sino la salud pública, que no hay que equiparar meramente a la «suma de las saludes individuales» sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad, y en el caso presente la seguridad alimenticia de los consumidores de productos alimentarios de origen animal».

<sup>35</sup> Cfr. DOVAL PAÍS, *Delitos de fraude alimentario*, cit, p. 239 ss., especialmente p. 242. SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Gra-

referiré más adelante a esta última opinión, porque es cierto que la técnica tipificadora debe vincularse al bien jurídico pero creo que en sentido contrario al que expresan los autores citados, considero que existen razones más que suficientes para dotar de autonomía conceptual y tutela independiente a la salud pública. Bastaría quizá con remitirse al desarrollo del principio de precaución en esta materia para calibrar su consistencia como interés vinculado a la «sociedad del riesgo». Y por seguir en el ámbito comunitario, conviene recordar que los arts. 152 ss, del Tratado CEE contienen menciones explícitas a la tarea comunitaria en defensa de la salud pública. Con independencia de ello, la propia Constitución española ofrece sobrados argumentos en este sentido. Así, en primer lugar, el art. 43 atribuye a los poderes públicos la misión de garantizarla, recurriendo incluso a medidas preventivas que abarcan desde luego las de signo sancionador. Esta mención carecería de sentido si el concepto de salud se agotara en el reconocimiento del derecho a la salud individual que efectúa el art. 15 CE. En segundo lugar, el art. 51 CE obliga al Estado a tutelar la seguridad y la *salud* de los consumidores, junto a sus intereses económicos. La condición de consumidor que define al ciudadano del siglo XXI, a la par sujeto de mercado y sujeto de derechos, permite calibrar esta mención constitucional como una aportación axiológica a todo un sistema de tutela de la salud pública que resulta inconfundible con la salud individual, incluso si ésta se concibe en sentido amplio como «estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, estado que, por otra parte, posibilita una concreta participación en el sistema social»<sup>36</sup>. Por su parte, la salud pública ha sido definida por PETRINI como el «estado de efectivo bienestar físico, psíquico y social, que permite un desarrollo armónico de todas las funciones psico-físicas de los ciudadanos, incluidas aquellas categorías de sujetos que merecen particular protección, debido a que

---

nada, 2003, p. 200 s. Para rematar esta línea interpretativa, conviene traer a colación la lúcida opinión de PALAZZO cuando explica por qué debe considerarse la «salud pública» un interés difuso: «en última instancia es titular el individuo, porque frente a él se consume la eventual ofensa final, y sin embargo asume una *autónoma consistencia socio-jurídica* en cuanto existe una pluralidad indeterminada de sujetos titulares, de manera que la tutela penal se muestra necesaria para contrarrestar anticipadamente los efectos que producen comportamientos dotados de una capacidad lesiva insidiosa» (Cfr. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, en L'Indice Penale, 1992, p. 213)

<sup>36</sup> Cfr. BERDUGO, *Delitos contra la salud personal: las lesiones*, en MUÑOZ CONDE (Coord.), *La reforma penal de 1989*, p. 78. EL MISMO, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 22, donde entiende por salud «tanto la ausencia de enfermedad como el mantenimiento de la integridad física». Sobre el concepto de salud individual, vid. PEREZ ALVAREZ, *Protección penal del consumidor*, Barcelona, 1991, p. 40 ss.; EL MISMO, *La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992*, en ADPCP, 1993, p. 1061 ss.; PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Milán, 1990, p. 17 ss.

su situación de anormalidad o excepcionalidad los expone a un riesgo mayor de ver perturbado dicho estado de bienestar»<sup>37</sup>). Nos hallamos, pues, según esta opinión, ante un bien supraindividual o colectivo y distinto de la salud de cada individuo, aunque ello no quiere decir, como advierte REBOLLO PUIG, que la salud individual sea irrelevante para la salud pública: el estado social en que ésta consiste puede verse alterado por las enfermedades de los individuos (especialmente, enfermedades contagiosas) y, además, la finalidad última de su mantenimiento es la concurrencia de unas condiciones generales que no perjudiquen la salud individual<sup>38</sup>.

## 2. *Delitos de resultado de peligro (peligro concreto). Desvalor de resultado, perspectiva ex post y principio de lesividad.*

Cuando Schröder afirmó en 1969, durante el Congreso de la AIDP celebrado en Roma, que en los anteriores cincuenta años nadie se había ocupado de los delitos de peligro<sup>39</sup>, no sospecharía quizá la atención de que iban a ser objeto en décadas posteriores, fruto de la progresiva expansión del Derecho penal hacia la protección de los bienes jurídicos supraindividuales. Hasta entonces, la estructura típica de los delitos de lesión ocupaba un lugar preferente en el mapa legislativo, aunque el peligro hubiera cumplido casi siempre un papel destacado en la dogmática de la tentativa. De acuerdo con una opinión bastante extendida, la protección de los nuevos bienes jurídicos exige la adopción de modelos normativos que permitan adelantar la punición a momentos anteriores a la propia lesión del objeto protegido, dada la importancia que tienen en el seno de una sociedad de masas.

Según la terminología de la doctrina tradicional, reciben la denominación de delitos de peligro concreto aquellos tipos en los que el legislador introduce como elemento típico la expresión «peligro», lo que obliga al juzgador a demostrar su presencia en cada caso. Claro ejemplo de

<sup>37</sup> PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Milán, 1990, p. 29.

<sup>38</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, Administración y Salud Pública*, Madrid, 1989, p. 23. En sentido similar, PEREZ ALVAREZ, *Protección penal del consumidor*, p. 51 se refiere a la posibilidad de «fragmentar» el concepto mismo en una pluralidad de situaciones subjetivas.

<sup>39</sup> SCHRÖDER, *Compte rendu du Colloque préparatoire de Rome*, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, p. 308. La ponencia aparece en SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, en *ZStW*, 81 (1969), pp. 7-28. Del mismo autor, SCHRÖDER, *Abstrakte-Konkrete Gefährdungsdelikte?*, en *JZ*, 1967, pp. 522-525. Desde luego, el tema había sido objeto de amplio debate en la Gran Comisión para la Reforma Penal alemana: vid. *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 8.Band, Besonderer Teil, Bonn, 1959, p. 417 ss.

ello es el el art. 363.1 CP, que castiga a los «productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores, ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición». A mi modo de ver, esa caracterización más o menos semántica puede y debe superarse por otra que haga hincapié en la posición que el peligro ocupa en la estructura del tipo, de lo que depende en última instancia el modo de realizar el juicio acerca de su existencia. Este fue el pensamiento innovador de BOCKELMANN en el marco de la reforma penal alemana de los años sesenta<sup>40</sup>, que recibió un notable desarrollo en la obra de GALLAS<sup>41</sup> en Alemania y de BARBERO SANTOS en nuestro país<sup>42</sup>.

La nueva clasificación entiende que los delitos de peligro pueden y deben someterse a la distinción entre delitos de mera actividad y delitos de resultado<sup>43</sup>. Suele decirse, en este contexto, que cuando el peligro típico es consecuencia de la acción realizada, y percibido como una *situación (Zustand)* que viene generada por esa acción previa, estamos ante un delito de resultado de peligro. Por el contrario, cuando el legislador expresa en el tipo una conducta cuya peligrosidad es intrínseca, sin conectarla con una situación separada espacio-temporalmente de ella, estamos ante un delito de mera actividad «peligrosa». Sin embargo, desde un punto de vista fenoménico sería mejor decir que el peligro es en sí mismo el efecto de una confluencia de factores y que, por consiguiente, *siempre* es resultado de algo, sea o no de generación humana. Es evidente que al Derecho penal sólo le puede interesar aquél que es causado por el hombre.

La mayor dificultad estriba, con todo, en determinar cuándo nos encontramos ante una *situación* de peligro y en ello se ha centrado, lógicamente, la discusión doctrinal, pues de su resolución depende la subsecuente fijación del momento consumativo del delito. Cuando HÄLS-

---

<sup>40</sup> Cfr. *Niederschriften*, 8 Band, p. 429 ss.

<sup>41</sup> GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, en Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin, 1972, pp. 171-184.

<sup>42</sup> BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en ADPCP, 1973, p. 487 ss.

<sup>43</sup> Ya en mi libro *Delito ecológico* (Barcelona, 1998) asumía esta nueva clasificación que, como puede verse, se caracteriza por su sencillez. Desde luego, en ningún momento se confunden (identifican) en aquella obra los delitos de mera actividad con los delitos de peligro, como si no hubiera delitos de lesión de mera actividad. Sin embargo, una comprensión inexacta del texto ha llevado a ACALE SÁNCHEZ (*El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000) a entenderlo de ese modo y, lo que es peor, a adjudicarme una interpretación de determinados autores que ni comparto ni desde luego se desprende del texto de mi libro.



CHNER afirmaba, a finales del siglo XIX, que «el peligro es hijo de nuestra ignorancia» quería decir que su existencia como concepto se debe, única y exclusivamente, a que no somos capaces de determinar de manera exhaustiva y anticipada qué efectos va a provocar una determinada acción humana<sup>44</sup>. Si fuéramos capaces de hacerlo (como en el modelo hipotético de Laplace<sup>45</sup>), entonces el concepto de peligro carecería de sentido pues estaríamos en presencia de la antesala del daño o de la indemnidad. Justamente porque somos incapaces de adivinar con absoluta certeza, a partir de una determinada situación, si el daño va a producirse, hablamos de peligro; lo hacemos, pues, en la medida en que podemos realizar un cálculo de probabilidades sobre la generación posterior del daño, lo que presupone un bagaje de conocimientos suficiente para realizar dicho cálculo, bagaje que se adquiere a medida que la experiencia y los avances técnicos permiten observar con mayor grado de precisión la evolución de un fenómeno determinado. Por ello, aunque HÄLSCHNER tuviera razón, habría que apostillar su lapidaria sentencia con esta otra: «el peligro es, también, hijo de nuestra sabiduría». Recurriré a la meteorología y a su creciente precisión en la prognosis para explicarlo:

La meteorología avanza a la par que el resto de las ciencias y permite calcular, con un grado de aproximación cada vez mayor, si un fenómeno meteorológico se producirá en las próximas horas o incluso en los próximos días. Justamente porque la ciencia avanza podemos pronosticar hoy que la conjunción de determinados fenómenos atmosféricos generará en un próximo futuro un tornado, un huracán o lluvias torrenciales. Hace quinientos o mil años estos fenómenos tenían lugar lo mismo que hoy, pero su pronóstico era imposible; la facultad de hacerlo es fruto, pues, del avance científico. Al propio tiempo, no somos capaces todavía de realizar pronósticos

---

<sup>44</sup> HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Band II, 2 Abtheilung, Bonn, 1884, p. 597. En el mismo sentido, ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridico penale*, Turín, 1913, p. 297 ss., donde el autor afirma que «teóricamente, hablar de probabilidad o posibilidad no es más que un error...son el parto de nuestro error y de nuestra ignorancia».

<sup>45</sup> POPPER lo describe así: «Laplace creía que el mundo consistía en corpúsculos que actuaban unos sobre otros según la dinámica de Newton, y que un conocimiento completo y preciso del estado inicial del sistema del mundo en un instante del tiempo sería suficiente para deducir su estado en cualquier otro instante. Un conocimiento de este tipo es claramente sobrehumano. Por eso Laplace introdujo la ficción de un demonio: una inteligencia sobrehumana, capaz de averiguar el conjunto completo de las condiciones iniciales del sistema del mundo en cualquier instante del tiempo. Con la ayuda de esas condiciones iniciales y con las leyes de la naturaleza, es decir, las ecuaciones de la mecánica, el demonio sería capaz, según Laplace, de deducir todos los estados futuros del sistema del mundo» (Cfr. *El universo abierto. Un argumento a favor del indeterminismo*, trad. Marta Sansigre Vidal, p. 53).

*exactos (predicciones)* sino sólo *aproximados*, siendo esta inexactitud una nota esencialmente unida a todo pronóstico, inexactitud que se explica porque el avance científico no es todavía óptimo. En efecto, el meteorólogo no dirá nunca que va a producirse con toda seguridad un fenómeno determinado sino que hablará de las *probabilidades* que existen de su futura concurrencia: «a partir las condiciones observadas es muy probable (o poco probable) que el fenómeno X tenga lugar». Para realizar esta afirmación el científico tiene en cuenta dos tipos de conocimientos: en primer lugar, los datos atmosféricos presentes, datos que conoce hoy mejor que ayer gracias a los avances científicos instrumentales; en segundo lugar, las leyes propias de la ciencia meteorológica, basadas en la observación de fenómenos anteriores, que le permite pronosticar (*a partir de esos datos*) la futura concurrencia del fenómeno X. Por consiguiente, debe distinguirse con claridad la base de datos con que el meteorólogo cuenta y las *proyecciones* que realiza a partir de dicha base. Ambos extremos se ven afectados por el avance científico: la base será cada vez más amplia y, por ello, más precisa; las previsiones, cada vez más exactas. No puede excluirse que llegue un día en el que el progreso de esta ciencia permita *anticipar* la existencia de un fenómeno con absoluta certeza, momento en el cuál los *pronósticos* se habrán convertido en *predicciones*<sup>46</sup>.

Mediante esta explicación puede comprenderse mejor que la *situación* a la que denominamos *peligro* es el fruto de un *juicio* que se efectúa sobre una *base* de datos que contiene las circunstancias o condiciones presentes en ese instante, a cuya detección accede el observador con mayor o menor grado de conocimiento, siendo indiferente esta cognición respecto a la efectiva presencia de los datos<sup>47</sup>. Por otra parte, esa *situación* a la que denominamos *peligro* se caracteriza por su condición

---

<sup>46</sup> Vid. Sobre el concepto científico de probabilidad, básicamente, POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, tra. Víctor Sánchez de Zavala, Barcelona, 1995. En pág. 294, afirma: «A veces, oye uno decir que los movimientos de los planetas obedecen a leyes rigurosas, mientras que la tirada de un dado es fortuita —o sujeta al azar—. En mi opinión, la diferencia reside en el hecho de que hasta ahora hemos sido capaces de predecir con éxito aquellos movimientos, pero no los resultados individuales de las tiradas de un dado. Para deducir predicciones se necesitan leyes y condiciones iniciales; si no se dispone de leyes apropiadas o si no cabe averiguar cuáles son las condiciones iniciales, el modo científico de predecir se desmorona». Sobre la predicción del aumento de conocimiento teórico y sus implicaciones, vid. del mismo autor, *El universo abierto. Un argumento a favor del indeterminismo*, trad. Marta Sansigre Vidal, Madrid, 1986, p. 85 y ss.

<sup>47</sup> Para HORN, el peligro es un «estado de cosas definido» (*begriffener Sachverhalt*), sin que la referencia al observador objetivo sea otra cosa que la personificación de ese concepto de peligro. De ahí que sostenga que «el conocimiento del juez como observador objetivo le sitúa en relación con un estado de peligro; no es creativo, sino «reproductivo». Cfr. HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, Berlín, 1972, p. 45.

*relativa*, entendiendo por ello la naturaleza de un fenómeno que debe su razón de ser a la existencia jurídica de la lesión del bien jurídico, con cuya esencia se relaciona en sentido negativo: el *peligro* es, básicamente, antagonista de la *lesión*, porque nace de un enlace lógico con ella pero presupone su ausencia. Ya sostuvo FINGER que «el peligro es un concepto asentado en una perspectiva dinámica y funcional. Carece de entidad bajo una óptica estática. Con el término «peligro» se designa una situación dada que no interesa por sí misma, sino porque (de acuerdo con nuestro raciocinio) de ella se puede derivar otra. De manera que con ella se describe no un «ser» estático sino una posibilidad de desarrollo, no una mera energía sino una potencialidad»<sup>48</sup>. Ese dinamismo y funcionalidad pueden traducirse en nuestra disciplina afirmando que el peligro es esencialmente un *juicio* que expresa una *relación* de probable lesión del bien jurídico.

Si la exposición anterior fuera generalmente admitida, la discusión doctrinal se centraría exclusivamente en el grado de probabilidad necesario para detectar la situación de peligro. Para unos sería necesario un 90 por ciento, mientras que para otros bastaría con un 70 por ciento. Bajo esas premisas, la polémica doctrinal sería prácticamente inexistente. No ocurre así. La discusión alcanza a alguna de las afirmaciones que antes he realizado, por muy irrefutables que parezcan. Concretamente, no existe acuerdo en torno a dos cuestiones fundamentales: qué datos deben incluirse en la *base* del juicio y cuál es el papel que en el mismo cumplen, respectivamente, la perspectiva *ex ante* y la perspectiva *ex post*. En seguida se verá que, además, ambas cuestiones se implican mutuamente.

Para proceder a una clarificación del problema, conviene tomar pie en aquellos puntos que no están sujetos a polémica. En primer lugar, se admite generalmente que esa situación a la que denominamos «peligro» tiene la naturaleza jurídico-penal de *resultado*, porque se trata de una mutación del estado de cosas preexistente que viene causado por un comportamiento humano. Por consiguiente, esa situación será el objeto de análisis para determinar el *desvalor de resultado*. En segundo lugar, se admite también que el desvalor de resultado debe *detectarse* mediante un análisis *ex post*<sup>49</sup>, lo que implica un análisis de naturaleza objetiva sobre la presencia de esa mutación a la que me acabo de referir. Sin

---

<sup>48</sup> FINGER, *Gefahr und Gemeingefahr*, p. 233, al margen de que el autor sostuviera una concepción subjetiva del peligro, apoyada en la causalidad; distinguiendo entre relación de causalidad y relación de peligro, SCHRÖDER, *Gefährdungsdelikte*, p. 9 ss.

<sup>49</sup> Cfr. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 102: «El resultado sólo es constatable *ex post*, cuando ya no puede evitarse».

perjuicio de que resulte más sencillo efectuar ese tipo de análisis en los delitos de lesión, habrá que efectuarlo igualmente cuando nos hallemos ante un delito de peligro, con el fin de mantener la coherencia del modelo analítico. En tercer lugar, nadie pone en duda que el análisis *ex post* va dirigido a *constatar* una realidad existente y no a realizar pronósticos de ningún tipo. Así, por ejemplo, se «constata» que la cartera salió del bolsillo de la víctima cuando estaba allí sólo un momento antes o que la víctima del disparo estaba viva antes de sufrirlo. Las apariencias son excluidas completamente de este análisis: si la cartera es hallada en el bolsillo de la víctima o el agredido se ha quedado en estado catatónico, *constataremos* que el resultado no existe en el robo o en el homicidio, respectivamente. Idéntico procedimiento habrá que seguir ante un delito de peligro, es decir, habrá que *constatar* la existencia de una mutación en el estado de cosas preexistente identificable con lo que hemos convenido en denominar, justamente, «peligro». La confusión nace cuando se obvia este imprescindible paso analítico y se habla directamente de «análisis *ex ante*». Ello se debe a que, ciertamente, para *constatar* la existencia del peligro —al contrario de lo que sucede en el delito de lesión—, es necesario recurrir a un análisis *ex ante* que compruebe la *relación* que existe entre la *situación* analizada y la hipotética lesión del bien jurídico. Dicho con otras palabras, los delitos de resultado de peligro presentan la peculiaridad de reclamar un «doble análisis» o, si se prefiere, una «doble perspectiva de análisis»: aunque en ellos la concurrencia del resultado debe comprobarse, como siempre, mediante un juicio *ex post*, la singularidad de ese resultado, que es esencialmente *relación* con la lesión del bien jurídico, obliga a efectuar el preceptivo análisis desde una perspectiva *ex ante* (respecto de la lesión misma). Ahora bien, como es obvio, ambos procedimientos no son coetáneos ni antagónicos sino que uno complementa al otro. La perspectiva *ex post*, que es la correspondiente a la *constatación* de fenómenos, obliga a incluir en la *base* del juicio todas las condiciones o circunstancias *presentes* en el momento que se analiza, incluso si alguna de ellas es *conocida* con posterioridad (normalmente, en el curso del procedimiento judicial). Conviene recordar que la averiguación posterior de una circunstancia no implica en absoluto que cobrara vida después del momento analizado; justamente porque existía ya antes podemos decir que la hemos «averiguado». No se trata de una conjetura, sino de una *constatación*. Por su parte, la perspectiva *ex ante* servirá para enlazar la *base* que acabamos de describir con la lesión del bien jurídico, determinando el grado de probabilidad de que ésta ocurra.

Esta imprescindible coordinación entre ambas perspectivas no es apreciada así por la mayoría de la doctrina. La insistencia en la perspectiva *ex ante* lleva a buen número de autores a pasar por alto la condición de resultado que caracteriza al peligro y la consiguiente necesi-

dad de proceder a su *constatación* desde una perspectiva *ex post*. A mi modo de ver, la dogmática de la tentativa es el banco de pruebas ideal para contrastar las respectivas opiniones, siempre que se admita —a efectos dialécticos— que se trata en verdad de un tipo de resultado de peligro, adscripción difícilmente discutible desde una concepción dualista del injusto, que es predominante. En ese ámbito, es muy común leer que la perspectiva *ex ante* impide tomar en consideración aquellas circunstancias existentes en el momento analizado pero averiguadas con posterioridad, entendiendo que si operamos de ese modo habremos pasado ya a la perspectiva *ex post*, lo cual no es cierto<sup>50</sup>. Este peculiar análisis *ex ante*, que presenta la particularidad de realizarse «desde» el resultado típico y orientado hacia una hipotética lesión situada fuera del tipo, prohíbe tener en cuenta lo que *sucede* (y cobra vida, por tanto, existe) después del momento que se analiza, pero no aquello que existía ya en el momento analizado, aún averiguado después. No dejará de tratarse de un análisis *ex ante* por esa razón. Así, en la tentativa, no podrá introducirse en la *base* del juicio el dato posterior de la lesión o de la ausencia de lesión del bien jurídico, pero sí, por ejemplo, la circunstancia de que la víctima estuviera muerta ya en el momento del disparo o de que la pistola no contuviera balas cuando se accionó el gatillo; ambas circunstancias deberán tenerse en cuenta en la misma medida en que se

---

<sup>50</sup> Recientemente, SERRANO-PIEDECASAS, en *Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código Penal español* (en *Homenaje a Claus Roxin: Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Córdoba, 2001, p. 443) afirma: «Toda tentativa requiere de la aparición de un peligro en el resultado. Por lo que, todo resultado de peligro requiere un doble análisis: uno *ex ante* sobre la peligrosidad de la acción y uno *ex post* sobre la plasmación de esa peligrosidad en el peligro concretamente acaecido, atribución verificada por la vía de un juicio objetivo de imputación». A mi juicio, faltaría por explicar que la determinación del peligro (como resultado) requiere a su vez el doble análisis que se explica en el texto. Sin él, se incurre en la errónea apreciación del resultado de peligro. Por eso afirma SERRANO-PIEDECASAS que «Sin duda, *ex post* toda tentativa es inidónea respecto a su capacidad de producir un resultado lesivo; sin embargo, *ex post* no toda tentativa es inidónea respecto a su capacidad para generar un resultado de peligro» El autor califica de análisis *ex post* que se sitúa una vez comprobado que la tentativa no tuvo éxito (por eso afirma que siempre es inidónea), cuando en realidad debe situarse en el momento anterior, justamente cuando el ejemplar del bien jurídico se encuentra ante una amenaza inminente. Siendo así, ya no podrá asegurarse que la tentativa es inidónea. En el mismo sentido que el autor citado, aunque con ligeras variantes, se expresan, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 2002, p. 437; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 233: «Si sólo valorásemos el hecho *ex post*, con todos los datos que tenemos en el momento del enjuiciamiento posterior, no sólo no podríamos desvalorar la tentativa inidónea, sino tampoco la tentativa ni la frustración idóneas, pues desde un punto de vista absolutamente *ex post* es evidente que siempre se han demostrado incapaces de producir la lesión». Y, sin embargo, el mismo autor, en *El Derecho penal*, cit., p. 192: «La valoración de la peligrosidad *ex ante* ha de contribuir a decidir el desvalor de la acción, mientras que la efectiva lesividad o virtualidad lesiva comprobada *ex post* ha de integrar el desvalor de resultado».

tendrían en cuenta sus contrarias: que el disparo se efectúa sobre una persona viva o que se aprieta el gatillo de una pistola cargada. Y, en cualquiera de los casos, ciertamente, no podrá incluirse en la base del juicio lo que ocurre después, o sea, si la persona que es objeto de la acción muere o no.

De este modo recibe cumplida contestación la tesis que mantiene un importante sector doctrinal sobre la tentativa, tesis que identifica (confunde) el juicio *ex ante* necesario para *constatar* la presencia de la situación de peligro (desvalor de resultado) y el juicio *ex ante* requerido, desde Träger<sup>51</sup>, para determinar si el comportamiento creó un riesgo desaprobado o ilícito, y que pertenece a la órbita del desvalor de acción. En algunos autores, esta confusión es coherente con su configuración de la tentativa como delito de peligro abstracto (a costa, eso sí, de romper la coherencia con la teoría dualista del injusto, que algunos dicen defender); pero no lo es en aquellos que reclaman la presencia de un desvalor de resultado en la tentativa. La confusión aludida se percibe a poco que nos acerquemos a las opiniones que se vierten respecto a la punibilidad de la tentativa inidónea<sup>52</sup>. Son muchos los autores que defienden la punición de casos como el de la agresión a un cadáver o el intento de disparo sin balas, recurriendo a la necesidad de efectuar un juicio *ex ante* cuya base está integrada (sólo) por los conocimientos del espectador objetivo, a quien se le hurta una parte esencial de la realidad dejándole anclado en la mera apariencia, de tal modo que, lógicamente, su conclusión tiene que ser positiva sobre la existencia de un peligro para el bien jurídico; cualquiera llegaría a la misma conclusión si no supiera que el cuerpo postrado en la cama yace sin vida o que el agresor olvidó colocar el cargador en la pistola<sup>53</sup>. Pero ese tipo de análisis es pro-

<sup>51</sup> TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburgo, 1904 (1929), p. 159.

<sup>52</sup> Sobre el tema, recientemente, MUÑOZ LORENTE, *La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995*, Valencia, 2003; ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada, 2000.

<sup>53</sup> Vid. autores y obras citados en nota 12. En ese mismo sentido, DEMETRIO CRESPO, *La tentativa en la autoría mediata y la actio liberae in causa*, Granada, 2003, p. 54 s.: «la verificación de la peligrosidad objetiva no puede prescindir de la representación de las circunstancias que tenga el autor. Esta posición se basa en la idea de que existen supuestos en los que la peligrosidad *ex ante* no se ve corroborada *ex post* y que, pese a ello, no tendría sentido *ab initio* considerar impunes, y tiene su razón de ser en la función de motivación a través de la amenaza de pena que debe ejercer el Derecho Penal para la protección de bienes jurídicos, atenta por lo demás al momento en que el mensaje prescriptivo de la norma debe poder ejercer ya su influencia». En el mismo sentido, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*. cit, p. 355 ss. ; MORSELLI, Elio: *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, RIDPP, 1991. pp. 797-843. En p. 833 afirma: «en la tentativa de homicidio existe ofensa al bien jurídico incluso si en concreto no existe peligro alguno para la vida ni tampoco sensación alguna de peligro». Y pone como ejem-



pio del primer nivel de imputación y no del segundo, que es el que ahora nos ocupa, y cuya misión es constatar esa realidad que representa el estado de cosas al que denominamos *resultado*. Por lo demás, creo que la extendida opinión que aquí se critica olvida la función político-criminal que cumple cada uno de esos respectivos análisis y los principios constitucionales en los que se inspiran.

En efecto, la fórmula de Träger, que es conocida generalmente como teoría de la adecuación, cumple un papel esencial en la preservación del principio constitucional de culpabilidad, principio que garantiza al ciudadano la restricción de la imputación penal a aquellas acciones que, siendo aptas para lesionar (o poner en peligro) el bien jurídico protegido, sean *evitables*; al propio tiempo, se excluye la responsabilidad penal respecto de aquellos daños cuya generación se deba a la concurrencia de factores imprevisibles. La exigencia de la *previsibilidad*, analizada de acuerdo con la fórmula de la adecuación, se inspira por tanto en el principio de responsabilidad personal, el cual predica que sólo puede imputarse la creación de un riesgo cuando el individuo haya tenido la *posibilidad de prever* el mismo. Si se tuvieran en cuenta «todos» los factores presentes en el momento de la acción, incluso los desconocidos por el observador imparcial o por el autor, se estaría incurriendo en el puro causalismo, rebajando la acción humana a la condición de fenómeno natural<sup>54</sup>.

Todo lo contrario ocurre a la hora de *constatar* (y no de *atribuir*) la presencia de esa *situación* que desde el punto de vista jurídico penal constituye un *resultado*, aunque sea un resultado de peligro. La exigen-

---

plo que el autor utilice un arma descargada sin saberlo, conociéndolo, sin embargo, la víctima. En general, se observa una incorrecta permuta entre las nociones de peligro y peligrosidad, bien diferenciadas por HIRSCH en *Gefahr und Gefährlichkeit*, en *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 545-563. «Peligro —dice HIRSCH— significa algo transitivo, es decir causar un peligro respecto de un objeto. Sólo los delitos de peligro concreto son en realidad delitos de peligro. Por el contrario, los delitos de peligrosidad (o de riesgo) no exigen un resultado de peligro, sino sólo la peligrosidad de la acción. Aquí reside la primera distinción significativa entre abstracto y concreto. Bajo la tradicional denominación de delitos de peligro abstracto se contemplan delitos de peligrosidad abstracta, porque la abstracción no se refiere a un resultado de peligro, sino a la peligrosidad de la acción, y no a la peligrosidad concreta, sino a la peligrosidad general» (p. 550)

<sup>54</sup> Esa es la razón por la que RADBRUCH (*Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, p. 41) critica la doctrina de RÜMELIN sobre la teoría de la adecuación, según la cual deberían incluirse en la base del juicio de posibilidad «todas las condiciones que existían ya al tiempo de la acción humana (en tanto en cuanto se hayan conocido después) y, además, todas aquellas con cuya realización se pueda contar de acuerdo con la experiencia humana general, es decir, cuya realización aparece favorecida por las circunstancias ya existentes» (RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf und Zivilrecht*, en *Archiv für die civiliste Praxis*, 90 (1900), p. 217). Para RADBRUCH, «las condiciones que Rümelin quiere presuponer son sencillamente todas las condiciones».

cia del desvalor de resultado para constituir plenamente el injusto se desprende de los principios constitucionales de lesividad e intervención mínima. Pese a que llevan razón quienes afirman que el núcleo del injusto estriba en la inobservancia de la norma imperativa, cuya función consiste en dirigir «conductas» y no tanto en evitar «resultados», no es cierto sin embargo que el desvalor de resultado sea ajeno a aquél. Una cosa es que, efectivamente, el legislador no pueda «prohibir resultados» y otra muy distinta que el legislador esté obligado a castigar *todas* las conductas con independencia del resultado que produzcan o, dicho con otras palabras: que el legislador no tenga capacidad para prohibir sólo las conductas que provoquen algún resultado (de daño o de peligro). No se conoce ninguna norma ni tampoco ningún principio lógico que establezca una limitación de esa índole. Más bien al contrario: el legislador del Estado democrático debe configurar el injusto sometiendo a los principios constitucionales reconocidos, entre los que se encuentra el de intervención mínima<sup>55</sup>. Este mandato fundamental le obliga a reducir el ámbito de lo penalmente prohibido para no incurrir en una excesiva limitación del derecho fundamental a la libertad, deber que cumple cabalmente sólo si añade al simple desvalor de la conducta infractora un desvalor ulterior cifrado en la lesividad que genera la misma, lesividad que se identifica con la lesión o la puesta en peligro del interés penalmente protegido. Ése es el fundamento (político-criminal) del desvalor de resultado, elemento del injusto que impide la expansión indeseable del Derecho penal y gracias al cual se garantiza al ciudadano que la responsabilidad no podrá derivarse de la sola presencia de un alto grado de desvalor de acción si, «por las circunstancias que sean» (incluso por puro azar, si se quiere), la conducta no llega a lesionar o a poner en peligro el bien jurídico protegido. Nos hallamos, por tanto, en un ámbito muy diferente al del primer nivel de imputación; aquí se trata de *constatar* la lesividad derivada de la conducta de la persona y no de *atribuir* el riesgo de provocar aquélla. El juicio a realizar, por tanto, es y debe ser diferente. En efecto, ese juicio reclama la toma en consideración de *todos* los factores *presentes* en el momento a observar, con independencia de *cuándo* sean conocidos (el informe policial certificará, a posteriori, que la pistola estaba descargada en aquel momento) y de si eran o no *conocidos* tanto por el autor como por el observador imparcial<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Abunda en esta idea, con profusión de argumentos, DEMETRIO CRESPO, *La tentativa en la autoría mediata y en la «actio libera in causa»*, Granada, 2003, p. 25 ss.

<sup>56</sup> Cfr. GALLAS, *Abstrakte und Konkrete Gefährungsdelikte*, Berlín, 1972, p. 175 y 178: «Los de peligro concreto son delitos de resultado, exigiendo la presencia del sujeto pasivo en el radio de acción de la situación de peligro, de donde cabe deducir que el peligro no existirá cuando el bien jurídico (o el sujeto pasivo titular del mismo) no se encuentre en el área de influencia de la fuente de peligro. En ellos, por tanto, aparece un desvalor *real* de resultado, que obliga a tomar como base del juicio todas las circunstancias presentes en el hecho, aunque fueran cognoscibles sólo con posterioridad».

Con otras palabras: si es *realmente* improbable la lesión del bien jurídico, la *apariencia* contraria no desvirtuará esa realidad; en todo caso, será erróneo su conocimiento. Por eso afirma HORN que el peligro es un «estado de cosas *definido*» (*begriffener Sachverhalt*) y que la labor del juez «no es creativa sino reproductiva»<sup>57</sup>.

Entre los distintos modelos ofrecidos por la doctrina para explicar los delitos que nos ocupan (y a los que me he referido extensamente en otro lugar<sup>58</sup>), se ajusta mejor a las anteriores reflexiones el que aparece en la obra de DEMUTH «*Der normative Gefahrbegriff*» (1980), que mantiene una cierta polémica con las opiniones sostenidas pocos años antes por SCHÜNEMANN, en una obra que ha logrado una amplia difusión en la doctrina. La apreciable similitud entre ambas construcciones desaparece en un punto crucial: el valor que cada uno otorga a las causas que malogran la emergencia del peligro y al dominio que sobre ellas tiene el sujeto responsable. En el trabajo citado, SCHÜNEMANN reclama la presencia de una acción típica y de un ejemplar individual del bien jurídico; en segundo lugar, dice, la lesión de este bien jurídico debe considerarse una consecuencia adecuada de aquélla, conforme a las leyes probabilísticas disponibles<sup>59</sup>. Pese a que SCHÜNEMANN considera el peligro un resultado —de lo que se derivaría lógicamente un análisis *ex post* de la situación—, lo cierto es que el juicio de peligro se retrotrae al momento de la acción, pues para SCHÜNEMANN no excluyen el peligro concreto «aquellas causas de salvación que (analizadas estadísticamente) no son previsibles en el normal discurrir de los acontecimientos, sino que por el contrario se basan en la extraordinaria habilidad de la víctima o en una concatenación indominable de circunstancias *afortunadas*». Ello revelaría que los elementos impeditivos son puramente casuales y, sobre todo, que no se hallan bajo el *dominio del autor* cuando realiza el hecho: «sólo los medios salvadores *dominables* excluyen la peligrosidad de la acción»<sup>60</sup>. Esta excesiva inclinación de SCHÜNEMANN hacia el «dominio (subjetivo) del riesgo» se adapta mejor a una perspectiva *ex ante*, propia del desvalor de acción, que a una perspectiva *ex post*, necesaria para constatar el resultado de peligro<sup>61</sup>. A mi modo de ver,

<sup>57</sup> HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, Colonia, 1973, p. 45 s.

<sup>58</sup> GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998.

<sup>59</sup> SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte*, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p.796. Se adhiere a esta postura, SERRANO-PIEDCASAS, *Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código Penal español*, cit., p. 440.

<sup>60</sup> SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 797.

<sup>61</sup> ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, II, Sassari, 1984, p. 173 ss.; DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährungsdelikte*, Bochum, 1980, p. 179 s. Vid. también en sentido crítico res-

la explicación que ofrece DEMUTH<sup>62</sup> resulta más plausible. En su opinión, los factores impeditivos puramente casuales deben tomarse en consideración, pues ello «se deriva necesariamente de su cualidad de resultado»<sup>63</sup>. La única diferencia sobre los delitos de lesión estriba en que el resultado de peligro «sólo» debe provocar una verdadera amenaza para la existencia del bien jurídico (*einer echten Daseinsbedrohung*), un real empeoramiento de su situación, lo que representa una realidad de valor (*Wirklichkeitswert*)<sup>64</sup>. De este modo se confirma que la presencia del resultado de peligro no depende siempre de la capacidad del autor para *dominar* el proceso causal; habrá que negarla igualmente cuando éste desembogue, por puro *azar*, en una situación que no suponga una «aguda crisis» del bien jurídico protegido. Lógicamente, si se ha alcanzado este punto (resultado de peligro), la inexistencia de lesión por puro *azar* o por la concurrencia de circunstancias *posteriores* que neutralicen el daño no serviría para eliminar ese peligro ya constatado.

Para una mejor comprensión de la tesis que aquí se defiende, conviene aplicar las anteriores reflexiones al caso de (in)seguridad alimentaria más importante de nuestro país y, sin duda alguna, de toda Europa: el «caso del aceite de colza». Su comercialización a principios de los años ochenta produjo un millar de muertes y decenas de miles de afectados en mayor o menor medida; muchos de ellos sufren desde entonces notables minusvalías. El Tribunal Supremo condenó a los responsables como autores de un delito contra la salud pública cualificado por el resultado de muerte, con una fundamentación muy discutible que fue severamente criticada en su momento<sup>65</sup>. A los efectos que aquí interesan, debe prestarse atención a una parte de los hechos probados, que podría resumirse como sigue:

«La empresa RAPSA importa aceite de colza que se dedica normalmente a fines industriales. Sin embargo, concierta la venta del producto a varias empresas que se mueven en el circuito de la comercialización del aceite comestible, entre ellas RAELCA (que también suministra aceite no comestible). En RAELCA el aceite de colza refinado es mezclado con otros aceites vegetales o animales. Una vez envasado, RAELCA lo destina al consumo humano, bien directamente, bien a vendedores ambulantes. Se estima probada la

---

pecto a la concepción de este autor sobre los delitos de peligro abstracto, MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, p. 225.

<sup>62</sup> Como él mismo afirma, en *Der normative Gefahrbegriff*, p. 229.

<sup>63</sup> DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, p. 210.

<sup>64</sup> DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, p. 202

<sup>65</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN/RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, p. 228 ss.

relación causal entre la ingestión de aceite de colza con anilina al 2 % y el Síndrome Tóxico, de manera que la distribución de aquél se reputa *conditio sine qua non* de la enfermedad».

No cabe duda de que la primera empresa mencionada, RAPSA, es el origen del ilícito riesgo creado, ilicitud que se deriva de la venta del producto primario, un aceite industrial, a empresas dedicadas a la distribución de aceite comestible. Tal y como advertía la Audiencia Nacional en la primera instancia «es *previsible* que un producto con veneno, enajenado mediata o inmediatamente a almacenista o envasador de aceites comestibles, llegara al consumo de boca y produjera lesiones y aún muertes». Sin embargo, esa acción ilícita no constituye todavía la situación de peligro para la salud de las personas que reclama el delito del art. 363 CP, pues dicha situación podrá aparecer o no más adelante, cuando el producto se ponga efectivamente a disposición del consumidor y ya no exista ningún modo de evitar su ingestión. La cadena de distribución es aquí una representación del tracto causal necesario para que cobre vida el delito de resultado de peligro. Si el aceite no llega a RAELCA por cualquier circunstancia: es decomisado o el conductor del camión se presenta a la policía o, en fin, el vehículo tiene un accidente, el resultado de peligro no habrá tenido lugar y el comportamiento será impune (salvo que se admita la posibilidad de sancionar la tentativa de un delito de peligro, lo que resultaría incongruente con una configuración del injusto en el que aquél representa el umbral mínimo de lesividad). Si el aceite llega a RAELCA —como efectivamente ocurrió— aún podría distribuirse el aceite en el circuito industrial o introducirse en la red de distribución alimentaria; en el caso de que se optara por esta última, habrá que esperar a que el aceite nocivo llegue a los despachos al por menor, de manera que si no llega a manos de los pequeños comerciantes tampoco existirá resultado de peligro por la sencilla razón de que el consumidor no podrá entrar en contacto con el aceite. Sólo cuando el pequeño comerciante lo pone a disposición de éste puede hablarse de resultado de peligro (probabilidad *ex ante* de lesión a la salud de las personas de acuerdo con todas las circunstancias presentes y en especial la nocividad del aceite, incluso si ninguno de los eslabones anteriores de la cadena es consciente de ella, pues no por ello desaparece la nocividad misma) y desde luego no habrá que esperar a que un sujeto cualquiera compre el aceite y lo consuma. Al haberse *constatado* el peligro con anterioridad, lo que suceda después no rebatirá su existencia.

No tendría nada de extraño que estas conclusiones dejen perplejo al consumidor, que probablemente no entienda por qué hay que esperar tanto para castigar penalmente. No es el único. En 1972, HORN concluía su importante monografía sobre los delitos de resultado de peligro denunciando la ineptitud de los mismos para cumplir su misión

preventiva<sup>66</sup>. Por mi parte considero, sin embargo, que ese escepticismo viene motivado por una errónea comprensión de la función que cumplen los delitos de peligro contra bienes jurídicos colectivos. Sin perjuicio de una más extensa explicación posterior, baste por ahora subrayar que cuando confluye un delito como el previsto en el art. 363 CP y además se produce un daño a la salud del consumidor, nos encontraremos ante un supuesto de concurso de delitos y no de normas, lo que indica que la lesión al bien jurídico individual no absorbe el desvalor propio del delito de peligro contra el bien jurídico colectivo. En efecto, como sostuve hace algunos años: «la solución al problema de la concurrencia del delito de peligro y resultado de daño requiere la aplicación del art. 71 CP y así se acepta mayoritariamente por la doctrina; debiendo añadir, por mi parte, que habrá de valorarse si «todo» el riesgo generado se ha manifestado en un resultado lesivo o si, por el contrario, existe un «*excedente de riesgo*» que manifieste una lesividad añadida a la de las lesiones o muertes producidas, que será la regla general»<sup>67</sup>. Las reflexiones posteriores sobre el tema y las tesis defendidas por PORTERO HENARES en relación con el delito publicitario (art. 282 CP)<sup>68</sup> me llevan a considerar que, en realidad, ese «excedente de riesgo» es común a todos los casos en que confluye el delito de peligro contra un bien jurídico colectivo y el daño individual, pues en el fondo estamos en presencia de dos delitos de lesión que mantienen su autonomía funcional. En seguida me detendré a justificar esta importante afirmación.

### 3. *Delitos de mera conducta peligrosa (peligro abstracto). ¿Influencia del principio de precaución?*

La doctrina ha atribuido la denominación de «delitos de peligro abstracto» a aquellas descripciones típicas utilizadas por el legislador para castigar acciones que generalmente suelen provocar situaciones de peligro, pero sin que se exija terminantemente dicha provocación<sup>69</sup>. Es decir,

---

<sup>66</sup> HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Berlín, 1972, p. 221. En el mismo sentido, KAUFMANN, Armin, *Sobre el estado de la teoría del injusto personal*, trad. Schiffrin, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, p. 179.

<sup>67</sup> Cfr. «*Delitos de peligro contra el medio ambiente y la salud pública*», Segundo Ejercicio de la oposición a la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha, ganada en concurso celebrado el 3 de febrero de 1995, p. 230.

<sup>68</sup> Vid. PORTERO HENARES, *Delito publicitario*, Valencia, 2003.

<sup>69</sup> La idea de la «generalización» del peligro como explicación de los delitos llamados de peligro abstracto es muy antigua; ya VON BURI señaló que «un estado sólo puede ser calificado de peligroso cuando la experiencia enseña que a partir de tal estado *regulamente* se produce una lesión» (VON BURI, *Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch*, en *Der Gerichtsaaal*, 40, 1888, p. 509; cit. por RODRIGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 239).



no expresan tanto un peligro como una peligrosidad «abstracta» o «presunta»<sup>70</sup>. Lógicamente, si el legislador no incluye en el supuesto de hecho típico la expresión «peligro» huelga realizar las comprobaciones anteriores, siendo dudoso, por ello, que estas figuras puedan calificarse en realidad como «delitos de peligro». Con razón las relegaba BINDING a la categoría de la «mera desobediencia»<sup>71</sup>. Desde los postulados de la moderna teoría del delito, las doctrinas monistas consideran por el contrario que se trata de un modelo perfecto de injusto, al no requerir «ninguna prognosis sobre las consecuencias de la acción» porque «el juicio de desvalor se agota en la asunción del riesgo»<sup>72</sup>. Recientemente, HIRSCH los ha calificado como «delitos de peligrosidad» (*Gefährlichkeitsdelikte*), expresión que debe entenderse en el sentido de creación de riesgo por una acción, reconocida mediante un juicio realizado desde un punto de vista *ex ante*, sin que se exija la producción efectiva de un peligro<sup>73</sup>. Bajo estas condiciones, justo es reconocer que se les puede reprochar a estas figuras un déficit de lesividad, en los términos explicados anteriormente. Después tendré oportunidad de referirme a ello; ahora conviene echar un vistazo al art. 364.2 CP español, que contiene preceptos que reflejan claramente esa caracterización (apartado 4º) y otros cuya naturaleza es polémica y a los que el Tribunal Supremo está orientando hacia el modelo de los delitos de mera conducta peligrosa, invocando el principio comunitario de precaución fuera de contexto.

En lo que respecta al primero de los preceptos mencionados, el art. 364.2.4º castiga el despacho al público de carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso regla-

<sup>70</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, 3 ed. Leipzig, 1916, p. 111 ss y pág. 386, donde rechaza este autor tanto las concepciones de la peligrosidad general (entendida como peligro indeterminado) como las de la peligrosidad abstracta pues se infligiría el castigo sobre acciones probablemente inocuas. ANTOLISEI, *La disputa sull'evento*, publicado primeramente en la Rivista Italiana di Diritto Penale, 1938 y reproducido como apéndice de *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, reimpresión de 1960, Turín, p. 289-314. Sobre las tesis de RABL (*Der Gefährdungsvorsatz*, Leipzig, 1933, p. 15 ss.), que defendía también la tesis del peligro presunto, y su crítica, vid. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, p. 149 s.

<sup>71</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, 3 ed. Leipzig, 1916, p. 386.

<sup>72</sup> VOLZ, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, Göttingen, 1968, p. 147 s.; GALLAS, *Abstrakte und Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 178 ss., «tanto los delitos de peligro abstracto como los de peligro concreto se hallan integrados por un *desvalor de acción*, que exige una valoración de la conducta, tomando como base las circunstancias cognoscibles *ex ante*».

<sup>73</sup> HIRSCH, *Gefahr und Gefährlichkeit*, en *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 558. Cfr. en sentido similar, GALLAS *Abstrakte und Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 178 ss: «Tanto los delitos de peligro abstracto como los de peligro concreto se hallan integrados por un *desvalor de acción*, que exige una valoración de la conducta, tomando como base las circunstancias cognoscibles *ex ante*».

mentariamente previstos. Dicha cautela generalizada no tiene por qué corresponderse con un peligro cierto para la salud de los consumidores; el alimento que se halla a disposición del público puede encontrarse eventualmente en perfecto estado, lo que será indiferente para la imposición de la pena correspondiente si nos atenemos a la literalidad típica. Mayores dudas en torno a su naturaleza presentan aquellos tipos en los que el legislador prescinde de una mención clara al resultado de peligro pero exige que la conducta genere un determinado riesgo para la salud de los consumidores. A este grupo pertenece el n.º 1.º del art. 364.2, que castiga a quien administre «a los animales, cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano, sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados». Como se anunciaba, este precepto ha adquirido gran protagonismo en los últimos años, a raíz de la aparición de casos de engorde artificial de ganado mediante clenbuterol, sustancia cuya utilización está prohibida desde 1989 salvo en dosis muy bajas y con finalidad terapéutica. Su interpretación no es pacífica; la literalidad típica permite detectar o no la exigencia de un resultado de peligro dependiendo del sentido literal posible que se otorgue a la expresión «que generen riesgo para la salud de las personas». Si se considera que el legislador describe aquí un efecto real de la acción, de cuya constatación depende la consumación del delito, estaríamos ante un delito de resultado de peligro. Por el contrario, si le conferimos el carácter de mera característica de la acción, entonces bastará con la aptitud nociva de la sustancia aunque no haya generado realmente un peligro. A partir de la STS de 6.11.1999, varias resoluciones del Tribunal Supremo relativas a la utilización de clenbuterol han consolidado una doctrina jurisprudencial que se inclina por esta última versión, afirmando que «lo decisivo es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real creado con ella para la salud pública». De ahí que se sucedan las condenas a ganaderos en cuyas explotaciones se detecta la presencia de la sustancia prohibida. Las reses analizadas por la inspección veterinaria están muy lejos todavía del consumidor en la cadena de suministro; aún deberían pasar por el matadero, lugar en el que podría detectarse el clenbuterol. Con la solución adoptada, por tanto, el Derecho penal queda abocado a invadir el ámbito sancionador reservado al Derecho administrativo, vulnerando el principio de mínima intervención. Una vulneración constitucional que llega al paroxismo en la Sentencia de 14.9.2002, donde se convierte el precepto que nos ocupa en un delito de mera sospecha: «está fuera de discusión —afirma— que la sustancia suministrada a los animales no está permitida. Cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente. La materia regulada por estos delitos es especialmente sensible y requiere no sólo

la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos *peligros razonablemente sospechados* por la Administración»<sup>74</sup>. Al margen de otras consideraciones, interesa destacar ahora que el Tribunal Supremo ofrece como argumento específico para apoyar su doctrina la existencia del principio comunitario de precaución, convertido de este modo en un criterio político criminal con influencia directa en la interpretación de los tipos penales.

Recientemente ha insistido ROMEO CASABONA en esta posibilidad, al afirmar que el principio de precaución podría servir para dotar de una configuración distinta a los delitos de mera conducta peligrosa. En su opinión, ese principio «podría contribuir a la elaboración de un procedimiento de imputación para algunos de estos delitos, basándose para ello en la innecesariedad de imputar un determinado resultado y pudiendo prescindir entonces y en consecuencia de la constatación de un nexo causal. En este sentido, este principio podría ayudar a construir una acción peligrosa al margen del criterio de partida de la previsibilidad, pero con semejantes, si no superiores, presupuestos de seguridad jurídica basados en las prescripciones de conducta que tal principio impone»<sup>75</sup>. Al margen de lo dicho anteriormente sobre la inconveniencia de abrir el injusto sin ninguna cortapisa a la valoración que sustenta el principio de precaución (que en el fondo daría la razón a KINDHÄUSER cuando afirmaba que «para la seguridad de ciertos ámbitos de la vida que están expuestos a grandes peligros deben prohibirse ciertas acciones en tanto no se haya demostrado su carácter inofensivo»<sup>76</sup>), a mi modo de ver, como ya expliqué, este principio político se basa en la evaluación del riesgo y por tanto no permite eludir en modo alguno la observación de las previsibles consecuencias de la acción; más bien la reafirma: para que se active la alarma que da entrada al criterio de la precaución debe existir una prueba científica sobre la correlación entre un proceso productivo y un daño a la salud (o al medio ambiente). Conviene recordar aquí que la Comunicación de la Comisión de 2.2.2000 —versión «auténtica» del principio de precaución—, afirma que para su invocación es necesaria una *evaluación del riesgo*, basada en la infor-

---

<sup>74</sup> La Sentencia no sólo desconoce principios básicos reconocidos en la Constitución, como la presunción de inocencia, sino también el propio alcance «no penal» del principio de precaución. La STJCE de 23 de septiembre de 2003 (*Comisión/Dinamarca*, C-192/01) recuerda que éste no permite una prohibición generalizada de importación de productos porque está basado en el «análisis del riesgo real para la salud pública», que exige una demostración empírica.

<sup>75</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, *El principio de precaución en las actividades de riesgo*, cit., p. 41.

<sup>76</sup> Cfr. KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. Claudia López, Santa Fé de Bogotá, 1996, p. 83, citado (y criticado, pese a todo) por ROMEO CASABONA, op. ult. cit., p. 19.

mación científica y estadística existente; por lo demás, el apartado 5.1.1 de la Comunicación advierte de que con carácter previo a esa *evaluación*, precediéndola «lógica y cronológicamente» deben determinarse «los efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno», sin perjuicio de que todavía no exista *certeza* sobre el modo en que la sustancia que es objeto de observación provoca el correspondiente daño. Y para rematar esta descripción, el apartado 5.1.3. (bajo el título «Incertidumbre científica») advierte de que «el recurso al principio de precaución presupone: la identificación de efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno, de un producto o de un proceso y una evaluación científica de los riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión». A mi modo de ver, todo ello no choca en absoluto con el criterio adoptado en nuestra disciplina respecto a los delitos de mera conducta peligrosa, que reclaman la constatación de una conexión entre la conducta realizada y el resultado de peligro, cuya concurrencia queda sin embargo relegada fuera del tipo. El principio de precaución, como se ha visto, exige demostrar esa conexión, que es de *previsibilidad* y no de *certeza*. Habría que recordar que la constatación de una relación de *certeza* pertenece más propiamente al análisis *ex post* que se requiere para apreciar la concurrencia del desvalor de resultado, pero es ajeno por completo al juicio *ex ante* que se ubica en el desvalor de acción, el único —según la mayoría de la doctrina— que debe quedar demostrado en los delitos de mera conducta peligrosa.

Este carácter en cierto modo unilateral en el plano del injusto que parece acompañarles ha sido objeto de agudas críticas por parte de la doctrina, como ya se dijo. Quienes conciben el injusto en sentido monista pueden afirmar que «el juicio de antijuricidad se dirige primariamente contra un comportamiento humano, activo u omisivo, que es origen y contenido de aquél, de manera que el injusto de la conducta desplaza (*verdrängt*) al injusto del resultado»<sup>77</sup>. Por el contrario, desde una concepción dualista del injusto como la que aquí se mantiene (y se ha fundamentado más arriba) ese desplazamiento no tiene cabida: la conducta debe acreditar una conexión de imputación con un desvalor de resultado consistente en la lesión del bien jurídico o, al menos, en su efectiva puesta en peligro. Dado que en los delitos de mera conducta peligrosa no se exige esto último, habría que denunciar su existencia o solventar el problema de su legitimidad desde otro ángulo.

---

<sup>77</sup> VOLZ, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährungsdelikte*, p. 37 s. Una crítica contundente de los planteamientos dogmáticos y político criminales de este autor en MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, p. 205 ss.

Hace algunos años defendí una reinterpretación de estos delitos que permitiría su plena aceptación constitucional bajo ciertas condiciones. No se trata de cambiar la etiqueta a lo que sea esencialmente inconstitucional sino de profundizar justamente en la esencia de estas infracciones y descubrir, quizá, un incorrecto entendimiento de las mismas<sup>78</sup>. Esta reorientación interpretativa de los delitos de conducta peligrosa (o, si se prefiere, de peligro abstracto) toma su punto de partida en una constatación de carácter funcional: el incremento en la utilización de estas figuras ha discurrido en paralelo a la expansión del moderno Derecho penal. Este dato merece especial atención. El moderno Derecho penal se caracteriza por extender la tutela a bienes jurídicos de rango supraindividual o colectivo, intereses que nacen y crecen mientras las estructuras científicas siguen amoldadas a los esquemas del clásico Derecho punitivo, protector de intereses individuales. El legislador toma conciencia de las nuevas necesidades preventivas pero no deja de regirse por las antiguas pautas tipificadoras, razón por la cual insiste en justificar el recurso a los delitos de peligro porque suponen un «adelantamiento» en la protección. Pero obsérvese que hablar de anticipación sólo tiene sentido si se considera que el objeto último de la acción es el interés individual o, si se prefiere, el representante individual del interés colectivo. La salud pública, el medio ambiente o la seguridad en el tráfico sólo constituyen, desde ese punto de vista, intereses mediatos vinculados a otros de alcance individual, en los que reside la verdadera esencia tutelar. Sólo si se analiza desde ese ángulo la cuestión puede tacharse de falta de lesividad un delito como el previsto en el art. 360 del Código Penal español, que castiga a quien se halle autorizado para el tráfico de sustancias nocivas y las despache sin cumplir con las formalidades previstas en las leyes y reglamentos. Es cierto que el legislador no exige aquí la producción de ningún peligro<sup>79</sup>, pero siempre que se esté hablando de «peligro para una persona concreta». Si giramos el ángulo de análisis y observamos la conducta en relación con el bien jurídico colectivo «salud pública» ya no podrá hablarse de «peligro para una persona concreta» (o representante individual del bien jurídico colectivo) sino de una lesión propiamente dicha de ese interés supraindividual, cuya integridad requiere que no exista en el mercado una sustancia que incumpla la reglamentación promulgada para delimitar el

---

<sup>78</sup> No lo advierte así MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 454 (nota), que habla de «creación de bienes» cuando de lo que se trata, en realidad, es de desentrañar los bienes realmente protegidos y no de inventarlos. Por otra parte, como puede leerse en mi obra *Delito ecológico, cit.*, p. 116 ss., sólo aquellos bienes jurídicos que cumplan determinadas condiciones serán susceptibles de encajar en la reinterpretación que se propone, sin que se trate en ningún caso de justificar con carácter general los delitos de peligro abstracto. Justamente porque están bajo sospecha merecen una atención mayor.

<sup>79</sup> Como bien afirman GARCÍA ALBERO en QUINTERO (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª ed. Pamplona, 2002, p. 1381, y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 14ª ed., Valencia, 2002, p. 614.

riesgo permitido. Cabe recordar ahora que en su momento se definió la salud pública como «estado de efectivo bienestar físico, psíquico y social, que permite un desarrollo armónico de todas las funciones psico-físicas de los ciudadanos». Por pequeño que pueda parecer el menoscabo que provoca en ese «estado» la comercialización ilegal de una sustancia nociva, lo cierto es que la afectación existe y, por consiguiente, también concurre la lesión de dicho interés. Ahora bien, con esta afirmación no se ha concluido el proceso de decisión acerca de la *necesidad* de incluir dicha conducta en el Código Penal. Al margen de que deba justificarse la propia protección penal de ese interés, lo cual fue debidamente cumplimentado anteriormente en relación con la salud pública, habrá que apreciar si el principio de intervención mínima permite considerar punibles conductas como esa o si es preferible incluirla en el catálogo de las infracciones administrativas por su reducida incidencia lesiva. Si se opta por esto último, no será porque carezca de desvalor de resultado sino por la escasa entidad del mismo. En ese defecto incurre, por cierto, el art. 364.2, número 4º, que castiga el despacho al público de «las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos».

Con independencia de ello, cuando el legislador se contenta con efectuar una remisión general a disposiciones de rango reglamentario para definir la conducta punible y no aporta elementos ulteriores de carácter estrictamente legal (como ocurre en muchos delitos de los llamados de «peligro abstracto» y desde luego en los dos preceptos que se acaban de citar), la norma será inconstitucional por infringir el principio de legalidad, que no permite la existencia de leyes penales en blanco que deleguen al poder ejecutivo, con carácter exclusivo, la definición de la conducta punible.

#### IV. Resumen y conclusiones.

1. El principio comunitario de precaución cumple un papel esencial en la delimitación del riesgo permitido. La detección científica del riesgo obliga a adoptar una decisión política sobre el nivel que se considera socialmente aceptable. En ese sentido, puede afirmarse que el principio de precaución es un principio político-criminal.
2. Esa relevancia político-criminal del principio de precaución se manifiesta mediante el recurso a la ley penal en blanco, en virtud de la cual el legislador delega en el poder ejecutivo (o en la instancia comunitaria) la demarcación de un elemento esencial de la prohibición penal: el desvalor de acción.



3. Los principios constitucionales de lesividad e intervención mínima obligan al legislador penal a añadir otro elemento esencial: el desvalor de resultado. Si la ley penal en blanco no respeta este criterio y prefiere delegar en el poder ejecutivo la determinación de «toda» la esfera de prohibición, será inconstitucional.
4. La configuración dualista del injusto no puede justificarse en virtud de la función imperativa de la norma jurídica penal. Sin embargo, resulta obligada en atención a los principios constitucionales de lesividad e intervención mínima. Los partidarios de la teoría monista del injusto se sitúan, por ello, en un marco político-criminal ajeno a la Constitución democrática vigente.
5. El bien jurídico «salud pública» presenta un carácter autónomo con respecto a la salud individual. La seguridad alimentaria puede considerarse un interés colectivo que se enmarca en aquél. La formidable evolución del principio de precaución en esa materia, así como la vigencia de varias normas constitucionales y comunitarias, apoyan este pensamiento.
6. Los delitos de resultado de peligro contra la seguridad alimentaria no tienen asignada una función de anticipación de la tutela de la salud individual sino que expresan la protección de la salud pública alimentaria. El hecho de que su confluencia con el daño individual se resuelva mediante un concurso de delitos, y no de normas, corrobora esa condición.
7. Los delitos de resultado de peligro reclaman la constatación de una real situación de peligro para el representante individual del bien jurídico, situación que debe constatarse mediante un juicio *ex post* que tenga en cuenta todas las circunstancias presentes en esa situación y no sólo las que sean cognoscibles por el observador imparcial o por el propio autor. El sector doctrinal que niega aplicación al punto de vista *ex post* olvida que nos encontramos ante un resultado y que mientras la desvaloración de éste se halla vinculada al principio de lesividad, la configuración *ex ante* del juicio relativo al desvalor de acción es manifestación del principio de culpabilidad.
8. Los delitos de mera conducta peligrosa contra la seguridad alimentaria carecen de desvalor de resultado sólo a condición de negar su carácter de bien jurídico colectivo autónomo. En caso contrario, los delitos de mera conducta peligrosa son en realidad delitos de lesión y satisfacen, por ello, el postulado de la lesividad. Mediante la aplicación del principio de intervención mínima

ma habrá que dejar fuera de la órbita penal aquellas conductas que, por su escasa relevancia, merezcan sólo un reproche sancionador administrativo.

9. La vigencia del principio de precaución no permite adoptar una reinterpretación de los delitos de mera conducta peligrosa que los convierta en meras infracciones formales. Al basarse en una evaluación del riesgo, dicho principio reclama la atención a las consecuencias de la acción y al grado de previsibilidad de su concurrencia.
10. La doctrina del Tribunal Supremo sobre los delitos de mera conducta peligrosa contra la salud pública, que dice basarse en el principio de precaución, es incorrecta por dos razones:
  - a. Porque adjudica al principio de precaución un papel relevante respecto a la configuración del desvalor del resultado en el tipo de injusto cuando su papel se circunscribe a la definición del desvalor de acción.
  - b. Porque desactiva el papel esencial que cumplen los principios de lesividad e intervención mínima en la configuración del injusto, dando lugar a una concepción monista subjetiva que identifica éste con la mera infracción de un deber, acercándose demasiado a los postulados de un Derecho punitivo de signo totalitario.