

Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto (*)

LOTHAR KUHLEN

Catedrático de la Universidad de Mannheim

Estimadas señoras y señores

Supone para mí un gran honor y una gran satisfacción atender a la invitación de mis colegas Gimbernat Ordeig y Octavio de Toledo y Ubieto y poder inaugurar con mi conferencia este Seminario sobre la responsabilidad penal por el producto que se celebra aquí en la Universidad Complutense. El título de mi conferencia es «Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto».

Este planteamiento del tema muestra la amabilidad de los organizadores: se otorga gran libertad al conferenciante, ya que con algo que éste tenga que decir acerca de la responsabilidad penal por el producto, ese algo tendrá ya de alguna forma que ver con la necesidad y los límites de la mencionada responsabilidad (o al menos eso espera uno). No quiero, sin embargo, hacer uso de la libertad que se me ofrece, sino que voy a ceñirme rigurosamente al tenor literal del tema propuesto. Conforme a lo anterior, en primer lugar y de modo breve diré algo sobre la caracterización de la *responsabilidad penal por el producto*; acto seguido, y también de forma concisa, abordaré su *necesidad* para, a continuación y de modo algo más amplio, tratar sus *límites*.

(*) Traducción del original alemán realizada por María Martín Lorenzo e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Universidad Complutense de Madrid).

I. RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO

Con su permiso, me gustaría citar algunas de mis propias opiniones sobre el objeto de nuestra reunión, la responsabilidad penal por el producto. Mientras que en el año 1989 aún decía que «el concepto de “responsabilidad penal por el producto”» todavía no ha adquirido carta de naturaleza» (1), en 1994 ya hablaba de «una nueva materia» «que se encuentra actualmente en desarrollo» (2) y en el año 2000 apreciaba que «en los últimos tiempos, en el Derecho alemán... se ha elaborado una responsabilidad penal por el producto» y que «en el ínterin también se ha asentado como objeto de la ciencia jurídico-penal» (3). La jurisprudencia de los tribunales supremos ha supuesto una contribución fundamental a este desarrollo, en Alemania principalmente la sentencia del *BGH* (Tribunal Supremo) en el caso *Lederspray* en 1990 (4), y en España el fallo del Tribunal Supremo de 1992 en el caso de la *Colza* (5).

Ante esta situación, me propongo prescindir por completo de las explicaciones y definiciones conceptuales del predicado «responsabilidad penal por el producto». En su lugar, y sobre la base del que presumo es el común entendimiento del concepto, sólo haré unas pocas observaciones acerca de cómo se ha desarrollado en las últimas décadas la responsabilidad penal por el producto en Alemania.

El *legislador* no nos ha ofrecido novedades de importancia sobre este particular (6). La doctrina, debido especialmente al notorio problema de la prueba de la causalidad (7) en las constelaciones típicas de responsabilidad por el producto (8), ha pedido de forma reiterada

(1) KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, p. 1.

(2) KUHLEN, *JZ*, 1994, p. 1142.

(3) KUHLEN, «Strafrechtliche Produkthaftung», en: *Roxin/Widmaier* (eds.), *BGH-Festgabe*, tomo 4, 2000, pp. 647 y ss. (648).

(4) *BGHSt* 37, 106.

(5) Tribunal Supremo *NSiZ* 1994, 37 (traducción parcial al alemán de Manuel Cancio Meliá). Sobre el tema, GIMBERNAT ORDEIG, «Echte Unterlassung und Risikohöhung im Unternehmensstrafrecht», en: Schünemann et al (eds.): *FS für Claus Roxin*, 2001, p. 651 y ss. (660-661).

(6) Con excepción de materias específicas, como por ejemplo, la *Ley de Productos Médicos (Medizinproduktegesetz)*. V., al respecto DEUTSCH, *NJW* 1995, pp. 752 y ss.

(7) V. KUHLEN, «Strafrechtliche Produkthaftung», en: Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, Stand 1999, § 4 números marginales 40 y ss.; KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 650 y ss., con ulteriores referencias.

(8) Sobre el tema v. KUHLEN (*supra*, nota 3) p. 649.

la introducción de un *delito de peligro* (9), petición que se realizó por última vez al hilo de la discusión sobre la sexta Ley de Reforma Penal que entró en vigor en 1998 (10). Sin embargo, el legislador no ha hecho suya esta propuesta sino que, al contrario y mediante la descriminalización de la comisión imprudente (11), ha privado aún más de su ya marginal significado al que hasta la fecha era la única esperanza de la doctrina en temas de responsabilidad por el producto (12), el delito de peligro de envenenamiento peligroso para la comunidad (art. 319 f. *StGB*, antigua redacción).

Después de la fundamental sentencia del caso *Lederspray* (13), en 1995 el Tribunal Supremo Alemán se pronunció sobre cuestiones de responsabilidad penal por el producto en otro espectacular proceso penal: el del protector de madera (*Holzschutzmittel-Prozess*) (14). La Audiencia Provincial de Frankfurt am Main había condenado por lesiones imprudentes a una pena remitida condicionalmente a varios trabajadores del fabricante de un producto para la protección de la madera (usado para pintar el interior de las viviendas y que posiblemente había perjudicado la salud de los habitantes de los espacios en los que había sido usado) (15). El *BGH* casó la sentencia porque entendió que no había quedado suficientemente acreditado que el protector de madera fuera la causa de las enfermedades. Debido sobre

(9) GRETENKORDT, *Herstellen und Inverkehrbringen stofflich gesundheitsgefährlicher Verbrauchs- und Gebrauchsgüter*, 1993, pp. 124 y ss.; *Freund ZLR* 1994, pp. 261 y ss. [297-298]; AICHINGER, *Die strafrechtliche Produkthaftung im deutschen im Vergleich zum anglo-amerikanischen Recht*, 1997, pp. 347 y ss.

(10) FREUND, *ZStW* 109 [1997], pp. 455 y ss. [459-460].

(11) Que hasta entonces se sancionaba por el artículo 320 *StGB*, versión antigua V. ahora el art. 314 (cuando se citen artículos sin indicar la ley, ha de entenderse que son del *StGB*).

(12) V. HORN, *NJW* 1986, p. 153 («el precepto más importante de aquellos dedicados a la protección del consumidor»); de acuerdo, HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, 1993, pp. 164 y ss. Más escéptico KUHLEN (*supra*, nota 1), pp. 152 y ss.

(13) Que fue precedido por la sentencia de 1988 del *BGH NSTe*, § 223 *StGB* Nr. 5 *Mandelbienenstich* (picadura de la abeja de la almendra) con anotaciones GORN, *ZLR* 1988, pp. 512 y ss., y PETERS, *ZLR* 1988, pp. 518 y ss. Véase además SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1994, pp. 1305 y ss. (1314).

(14) *BGHSt* 41, 206 con anotaciones Volk *NSTZ* 1996, pp. 105 y ss. Para la historia del proceso KUHLEN (*supra*, nota 7) número marginal 13, con ulteriores referencias sobre la estafa mediante la comercialización de productos v. *BGH NJW* 1995, pp. 2933 y ss. –vino de glicol– con anotaciones de SAMSON, *StV* 1996, pp. 93 y ss., y SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1996, pp. 1 y ss.

(15) *LG Frankfurt am Main*, sentencia de 25 de mayo de 1993 –Az.: U5/26KIs65Js8793/84– con anotaciones SCHULZ, *ZuR* 1994, pp. 26 y ss.

todo a la inusitada duración del proceso (más de diez años), en 1996 se produjo un archivo de las actuaciones por el fiscal al amparo del artículo 153a de la *StPO* (Ley de Enjuiciamiento Criminal) (16). Del mismo modo concluyó en 1997 la instrucción que por unas presuntas lesiones había iniciado la fiscalía de Frankfurt am Main contra los miembros del Consejo de Administración del único fabricante alemán de amalgama (un controvertido material usado para empastes) (17).

De modo especial el veredicto del caso «Lederspray» ha provocado una viva discusión en la doctrina penal alemana. En un número de publicaciones ya apenas abarcable se tratan, junto a las cuestiones fundamentales de la necesidad y los límites de la responsabilidad penal por el producto, problemas dogmáticos tales como la causalidad, la omisión y la autoría, cuya relevancia, aun cuando haya saltado claramente a la vista por vez primera en la constelación de la responsabilidad por el producto, supera con creces este ámbito (y se manifiesta especialmente en lo que respecta a la conducta que los miembros individuales de una organización llevan a cabo para ésta) (18).

II. NECESIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO

La cuestión de la *necesidad* de la responsabilidad penal por el producto se puede entender de muy distintas maneras. Por un lado, no existe un *baremo* conforme al cual se pueda enjuiciar esta necesidad. Se puede preguntar si la responsabilidad penal por el producto es necesaria como *respuesta adecuada* del Estado a la infracción de las normas relativas a la puesta en circulación de productos. En lugar de esto, también se puede preguntar si es necesaria para garantizar una deseable protección al consumidor y, de este modo, si lo es para la *prevención de lesiones de bienes jurídicos*. Ambas formulaciones de la cuestión de partida, que guardan una estrecha relación con premisas jurídico-penales de carácter general, pueden además variar según la

(16) *LG Frankfurt am Main NJW* 1997, pp. 1994-1995.

(17) Caso Degussa. Sobre el mismo v. *HAMM SrV* 1997, pp. 159 y ss. (163); TIEDEMANN, «Körperverletzung und strafrechtliche Produkthaftverantwortung», en: Weigend/Küpper (eds.), *FS für Hans-Joachim Hirsch*, 1999, pp. 765 y ss.; KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 660 y ss.

(18) Al respecto v. por todos las referencias doctrinales específicas en KUHLEN (*supra*, notas 3 y 7), así como SCHÜNEMANN, «Unternehmenskriminalität», en Roxin/Widmaier (eds.): *BGH-Festsage*, tomo IV, 2000, pp. 621 y ss.

medida en que se tome como base el Derecho penal vigente (o, precisamente, en la medida en que no se tome como base). Quisiera, brevemente, tomar postura tanto frente a la necesidad preventiva como a la necesidad normativa de la responsabilidad penal por el producto, y, al hacerlo, partir de que las normas jurídico-penales generales de las que se deriva esta responsabilidad (esto es, sobre todo, los tipos de homicidio y lesiones del derecho vigente) son en esencia tanto adecuadas desde el punto de vista normativo como útiles desde el preventivo.

Por otro lado, tanto la comprensión de la cuestión de la necesidad de la responsabilidad penal por el producto como su respuesta dependen de cuáles sean las normas y las concreciones de normas fundamentadoras de la responsabilidad que a uno le interesen. En lo que sigue *no* discutiré si los delitos de peligro ya existentes (o los que estén por venir) del Derecho penal nuclear o del accesorio son necesarios para lograr una responsabilidad por el producto normativamente adecuada o preventivamente útil. Igualmente, tampoco discutiré si para tal fin es necesaria la punibilidad de las propias *empresas* (productoras) (19). También dejaré de lado en esta ocasión el tema de la responsabilidad por daños patrimoniales causados por productos. Formulado de una manera *positiva*, lo que me interesa es ver si la *concreta* responsabilidad penal de los trabajadores *individuales* al servicio de empresas fabricantes por *lesiones a la vida y la salud* causadas por productos, tal y como se encuentra en las principales decisiones de los tribunales alemanes sobre el tema, especialmente en las del *BGH*, es *normativa y preventivamente* necesaria.

En mi opinión, desde una óptica normativa la responsabilidad por el producto derivada de daños a la vida y la salud causados por productos defectuosos (esto es: la punición del fabricante o del trabajador del fabricante a título de homicidio o de lesión corporal, sea a título doloso o imprudente) es en principio insoslayable y, por lo tanto, necesaria en cuanto la conducta aparezca como punible tras una adecuada concreción de los tipos penales. Esto no es tan evidente como pueda sonar, ya que la producción y distribución de productos constituye en la sociedad moderna un ámbito social autónomo que es percibido y tematizado como tal (teniendo también en cuenta la pro-

(19) Para esta cuestión, actualmente muy discutida y de especial relevancia para la responsabilidad por el producto (aun cuando su importancia no se limite a esta materia) v. por todos HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pp. 201 y ss.; STRATENWERTH, en: *FS für Rudolf Schmitt*, 1992, p. 295; Volk, *JZ* 1993, 430; DANNECKER, *GA* 2001, pp. 101 y ss; JAKOBS, «Strafbarkeit juristischer Personen», en: Prittwitz et al (editores): *FS für Klaus Lüderssen*, pp. 559 y ss.

tección del usuario) y que desde hace algún tiempo está también sometido a una regulación jurídica específica (20). Con la mirada puesta en este subsistema social es por completo merecedor de reflexión si, junto a la ya abarcadora responsabilidad civil, es todavía necesaria una aún más amplia responsabilidad penal por daños a la vida y la salud del usuario (y terceros) (21).

A esto hay que añadir que este ámbito social es considerado, no sin razón, uno de los «ámbitos especiales», que vienen caracterizados por específicos y modernos «problemas de riesgo que son la consecuencia de nuevas complicaciones» (22); por este motivo, en lo que respecta a la aplicación de los tipos tradicionales del Derecho penal nuclear como las lesiones y el homicidio, estos ámbitos son especialmente propensos a un Derecho penal «moderno» o «del riesgo» que, conforme a una extendida percepción, pretende solucionar los mencionados problemas «mediante la extensión de los conceptos penales y la disolución del poder limitador de los principios» (23).

Todo esto, sin embargo, no significa que la responsabilidad penal por el producto no venga normativamente indicada, algo que aquí sólo puedo afirmar pero no justificar en profundidad. Incluso en el caso de que no se consiguieran beneficios preventivos adicionales sobre los de la responsabilidad civil por el producto, ni la alusión a la producción y distribución de bienes, ni incluso la existencia de un *ámbito social* «moderno» pueden legitimar su exclusión de la vigencia de las prohibiciones penales referidas a las lesiones y homicidios dolosos e imprudentes. Esto es así porque la pertenencia de ciertas conductas a tal ámbito es *per se* irrelevante en lo que respecta a su merecimiento de pena. Tener en cuenta tal pertenencia mediante la exención de responsabilidad penal constituiría una infracción del principio de igualdad (24) y, en tanto se trata de concretas materias modernas (25), se

(20) En Alemania especialmente a través de la Ley de responsabilidad por el producto (*Produkthaftungsgesetz: ProdHG*), que entró en vigor en 1990. Ya antes se había elaborado judicialmente reglas específicas para este sector, sobre todo, mediante la concreción del artículo 823, párrafo 1.º del *BGB*, que la jurisprudencia había desarrollado desde hace tiempo para dar cabida a la responsabilidad civil por el producto.

(21) Sobre el tema, v. ya KUHLEN (*supra*, nota 1), pp. 182 y ss.

(22) HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, p. 15.

(23) HASSEMER (*supra*, nota 22), p. 25. Concienzadamente sobre la relación entre la moderna sociedad del riesgo y la responsabilidad penal por el producto, HILGENDORF (*supra*, nota 12).

(24) KUHLEN (*supra*, nota 1), pp. 187-188.

(25) Sobre las mismas v. HASSEMER (*supra*, nota 22), pp. 7 y ss.; HASSEMER *ZRP* 1992, pp. 378 y ss.

vincularía al mismo tiempo con la imparable deslegitimación del Derecho penal nuclear restante, que experimenta una creciente pérdida de importancia.

Está claro que nadie pide una regulación que de forma explícita imponga tal excepción. Pero, debido a la situación existente, se acaba llegando a ella cuando se otorga carácter de *objeción* a la responsabilidad penal por el producto al hecho de que a efectos preventivos (quizás) baste con la intervención civil, o cuando, confrontado con situaciones problemáticas nuevas y especiales, uno se recluye en el Derecho penal nuclear tradicional (26) y de ese modo rechaza la cuestión que se le plantea al juez, la concreción de la norma de una forma que tenga en cuenta las particularidades de tales situaciones problemáticas y al mismo tiempo también sus riesgos específicos.

Cuando se afirma que la responsabilidad penal por el producto está normativamente indicada con independencia de su significado preventivo junto a la responsabilidad civil, todavía no se ha dicho nada sobre si las específicas concreciones de las normas penales genéricas que ha realizado la jurisprudencia en este ámbito son adecuadas o no. Por mencionar los ejemplos más importantes: ¿Merece aprobación el tratamiento del *BGH* de las organizaciones o las empresas (27), la solución que da al problema de la causalidad general (28) o de la responsabilidad de los miembros individuales por las decisiones colegiales (29), la suposición de un deber de garante que obliga a la retirada del producto (30) y, en general, su determinación de los deberes del productor (31)?

Cada una de estas preguntas se puede contestar de diversas formas, en cada caso con buenos argumentos, y todas las preguntas *serán de hecho* analizadas de forma crítica. En mi opinión, las posiciones que el *BGH* defiende para cada una de estas cuestiones son dignas de elogio con carácter general. De acuerdo con lo anterior y

(26) V. HASSEMER (*supra*, nota 22), pp. 20 y ss.

(27) Sobre el tema KUHLEN, *WiVerw* 1991, pp. 181 y ss. (242 y ss.); EL MISMO, *JZ* 1994, pp. 1142 y ss. (1144-1145); HASSEMER (*supra*, nota 22), pp. 62 y ss.; KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 663 y ss.; en cada caso con ulteriores referencias.

(28) Sobre el tema v. por todos KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 650 y ss., con referencias al estado de la discusión.

(29) Sobre el tema con ulteriores referencias KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 668 y ss.

(30) V. KUHLEN (*supra*, nota 7) números marginales 34 y ss, con ulteriores referencias.

(31) Sobre el tema Kuhlen *JZ* 1994, pp. 1142 y ss. (1146-1147); EL MISMO (*supra*, nota 7) números marginales 25 y ss.; EL MISMO (*supra*, nota 3), pp. 655 y ss.

según mi punto de vista personal, la responsabilidad penal por el producto relativa a lesiones de la vida y la salud son *normativamente* adecuadas, no sólo en principio, sino también tomando en consideración las concreciones más importantes que de ellas ha hecho la nueva jurisprudencia.

La cuestión de si la responsabilidad penal por el producto añade algún efecto *preventivo* a la civil no tiene ya importancia decisiva. De todos modos, entiendo que también esta pregunta ha de responderse positivamente. El «output» en condenas sobre estos temas (32) es sin embargo modesto, también y precisamente desde la sentencia del caso *Lederspray*. Pero esto no es importante, puesto que el objetivo de la prevención general es la conducta conforme a la norma, y no el número de condenas dictadas por los tribunales penales.

Para el trabajador de la empresa productora, en líneas generales un ciudadano respetable, el riesgo de condena es relevante. Tal riesgo le toca *personalmente y no es asegurable*. Así pues, se puede partir de una elevada disposición del trabajador a evitar lo que percibe como un riesgo a ser condenado, cumpliendo con los deberes del productor penalmente sancionados también en aquellas ocasiones en las que tal cumplimiento acarree elevados costes para la empresa, como ocurre, por ejemplo, cuando se rechazan productos potencialmente dañinos para la salud, o al retirar género que se ha mostrado peligroso después de ser distribuido. A todo esto se suma que el fallo del caso *Lederspray* dio a conocer al público en general por vez primera la existencia de un riesgo relevante de condena para los trabajadores de empresas productoras, y que la vertiente jurídico-penal de la responsabilidad por el producto ha experimentado un gran desarrollo en el asesoramiento letrado y que a través de éste también ha cobrado una importancia considerable en las decisiones empresariales (33).

Para acabar con el análisis de la necesidad de la responsabilidad penal por el producto y resumir mis tesis en una frase: la responsabilidad penal por el producto, tal y como ha sido definida por la nueva jurisprudencia, y especialmente la del *BGH*, es adecuada desde el punto de vista normativo y al mismo tiempo contribuye a la protección de la vida y la salud del usuario.

(32) Lo cual es destacado en ocasiones cuando se valora otros sectores del moderno Derecho penal. V. para el Derecho penal del medio ambiente HEINE/MEINBERG, *GA* 1990, pp. 1 y ss. (2 y ss.).

(33) SCHMIDT-SALZER *NJW* 1994, pp. 1305 y ss; EL MISMO, *NJW* 1996, pp. 1 y ss.

III. LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO

Que debe haber límites a la responsabilidad penal por el producto es algo evidente. Tales límites se instituyen con cada requisito de punibilidad y resultan tan problemáticos y discutibles como su concreta especificación. Con seguridad van a aparecer distintos problemas que tienen una estrecha relación con la responsabilidad penal por el producto, porque los mismos se manifiestan en las constelaciones de casos típicas de este entorno, como por ejemplo la cuestión de la causalidad general, de la autoría en caso de decisiones colegiadas y en general de la responsabilidad individual del sujeto por su conducta en el ámbito de la organización de la cual es miembro.

1. Pero el límite más importante de la responsabilidad penal por el producto viene constituido por la concreción de los *deberes* del productor. Estos deberes son relevantes tanto para la imputación a título doloso como para la imputación a título imprudente, tanto para los delitos de resultado como para los de peligro (los ya existentes o los que estén por venir) (34). Estos deberes tienen una importancia esencial en la situación que caracteriza la toma de decisiones bajo incertidumbre, especialmente en lo que respecta a la puesta en circulación de un producto, a su mantenimiento en el mercado, o a su retirada del mismo teniendo en cuenta indicios de peligrosidad más o menos claros y significativos.

Cuáles son las *consecuencias* reales de tales decisiones es algo que sólo se revelará posteriormente y que será tratado en el marco de la causalidad *ex post* en los casos en los que se plantee, es decir, en los delitos de resultado. Sin embargo, lo que según el Derecho penal esté permitido o sea obligatorio se determinará conforme a los deberes del productor, que deben fijarse desde una perspectiva *ex ante*. De modo distinto a como ocurre en la práctica forense, donde las cuestiones de causalidad propias de la responsabilidad por el producto tienen gran importancia, en el asesoramiento que se lleva a cabo por los juristas de la empresa o externos a la misma, la pregunta principal es la relativa a la concreción de los deberes del productor. Esta cuestión, en cualquier caso, no sólo es relevante por su importancia en la práctica (para la decisión del productor). Su concreción es *problemática* por otras razones.

(34) KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 655-656.

Teniendo en cuenta la gran cantidad de productos, desarrollados de un modo cada vez más rápido, a menudo es difícil decidir *si* la información sobre la peligrosidad de un producto determinado tiene entidad suficiente para generar en el productor el deber de tomar medidas de disminución del riesgo. En su decisión del caso Contergan en 1971, la Audiencia Provincial de Aachen dijo al respecto que el productor de medicamentos estaba obligado a tomar medidas de ese tipo (por ejemplo, a parar la producción o a retirar el producto) no cuando se demostrara su peligrosidad, sino ya cuando los efectos lesivos de su uso «son de temer de acuerdo con una sospecha fundada» (35). No es posible sin embargo establecer un «baremo de validez general» para la determinación de esta sospecha, sino que habrán de considerarse «en cada caso distintos factores», como la plausibilidad de la hipótesis de la peligrosidad, la entidad y el número de las lesiones que se teme puedan causarse, así como la utilidad del uso del producto (36).

Este pronunciamiento merece una aprobación total, pero sigue siendo muy poco concreto. Esto se ve claramente en el planteamiento de la Audiencia Provincial de Aachen, cuando dice que es el propio productor el que debe «examinar en profundidad en cada caso, teniendo en cuenta los mencionados criterios y otorgando especial consideración a los intereses dignos de protección de los usuarios [...] cuándo la sospecha existente sobre su producto le obliga a tomar medidas de protección» (37). Todavía aparecen nuevas dificultades en la determinación del deber cuando, después de afirmar la obligatoriedad de las «medidas de protección», se pasa a considerar *cómo* han de estructurarse *en concreto*, cuestión que luego me gustaría ilustrar con un ejemplo.

Pero las inconcreciones de este tipo, que no sólo afectan al ámbito de la responsabilidad por el producto y que en éste como en todos los demás pueden ser progresivamente reducidas por la jurisprudencia, no son el único problema. Por el contrario, existe el peligro de que en la necesaria concreción se le impongan al productor exigencias *demasiado estrictas*. Este peligro se produce, por un lado, porque la determinación del deber se realiza por los tribunales desde una perspectiva *ex post*, y por lo tanto alejada de la a menudo compleja situación en la que ha de decidir el productor, así como con conocimiento de las lesiones que luego efectivamente se produjeron, lesiones que en el

(35) *LG Aachen JZ* 1971, 507 (515).

(36) *LG Aachen JZ* 1971, 507 (516).

(37) *LG Aachen JZ* 1971, 507 (516).

campo de la responsabilidad por el producto a menudo son graves y alcanzan a muchas personas, lo que conforme a los conocimientos de psicología social hace suponer que la atribución de responsabilidad será excesivamente estricta (38). Por otro lado, puede ocurrir que la jurisprudencia sobre la responsabilidad penal por el producto se oriente siguiendo la mucho más rica y por tanto más concreta jurisprudencia de los tribunales civiles sobre el artículo 823, párrafo I, del *BGB*. La doctrina propone esta medida en numerosas ocasiones (39), aun cuando ya antes de la entrada en vigor de la Ley de Responsabilidad por el Producto la jurisprudencia civil había superado en numerosas ocasiones la frontera que separa la responsabilidad subjetiva de la responsabilidad por riesgo (40).

A fin de cuentas, entiendo que la tarea más importante en el desarrollo de la responsabilidad por el producto es su limitación a través de una adecuada determinación de los deberes del productor, con miras a la prevención general pero ante todo desde el punto de vista de una imputación jurídico-penal justa. Me gustaría analizar las posibilidades y las dificultades existentes de la mano de dos ejemplos de la praxis y a continuación estaré encantado de tratar estos aspectos con ustedes.

2. El primero de estos ejemplos es la venta de *amalgama* como material para empastes. Como ya se dijo, el ministerio fiscal inició la instrucción de un proceso por lesiones contra los responsables del único productor alemán de amalgama, Degussa, S.A. Esta instrucción acabó con el archivo de las actuaciones bajo la condición de que la empresa pagase 1,2 millones de marcos destinados a investigación (41). Aunque no vaya acompañada de una declaración de culpabilidad (42), semejante conclusión del proceso presupone con todo la

(38) En profundidad sobre el tema KUHLEN, «Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral», en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (eds.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, pp. 341 y ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 103 y ss.; DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, pp. 8 y ss.

(39) Así, HILGENDORF (*supra*, nota 12), pp. 146 y ss. La sentencia del Tribunal Supremo –*BGHSt* 37, 106 (115)– deja abierta la cuestión de «sí, y dado el caso en qué medida, los deberes civiles de prevenir el daño coinciden con aquellos que dan lugar a responsabilidad penal», y con razón añade que «los principios de responsabilidad civil, orientados a la reparación del daño, no pueden sin más ser usados para la determinación de la responsabilidad penal».

(40) V. al respecto KUHLEN (*supra*, nota 1), pp. 82 y ss.

(41) V. HAMM *StV* 1997, pp. 159 y ss. (p. 163); TIEDEMANN (*supra*, nota 17), p. 766.

(42) V. no obstante al respecto KUHLEN, *Diversions im Jugendstrafverfahren*, 1988, pp. 44 y ss.

existencia de una sospecha (43), y es en cualquier caso prácticamente una sanción, de modo que sólo era consecuente que la S. A. Degussa dejara a continuación de producir productos técnico-dentales que contuvieran amalgama.

Aunque no me ocupé de este caso, a mediados de los noventa tuve ocasión de elaborar un dictamen para una empresa extranjera que se dedicaba a la producción de productos técnico-dentales que contenían amalgama. El dictamen se ocupaba de determinar si la distribución de tales productos creaba el riesgo de una actuación jurídico-penal para la empresa/sus trabajadores. De haber existido buenas razones para contestar afirmativamente esta pregunta, la empresa en cuestión se habría retirado del mercado alemán, ya que se trataba de una empresa seria cuyos responsables en modo alguno estaban dispuestos a correr semejante riesgo y mostraban gran extrañeza ante la mera posibilidad de que éste pudiera existir conforme al derecho alemán.

En cuanto profundicé en la cuestión se hizo evidente que en la situación en la que el productor se veía obligado a decidir (determinada, por un lado, por la discusión pública sobre la lesividad de los empastes de amalgama y, por otro, por la nueva jurisprudencia sobre responsabilidad penal por el producto, especialmente el fallo del caso Lederspray) lo importante no era atender cuestiones sobre la causalidad o la responsabilidad personal de los miembros individuales de la empresa, sino que se trataba exclusivamente de determinar los deberes del productor, esto es, de ver si el Derecho penal permitía que el productor siguiera distribuyendo sus productos o no. Ulteriormente se mostró que, a pesar de que eran de aplicación muy distintos tipos penales, incluyendo tanto las lesiones y el homicidio como delitos de peligro previstos en la Ley del Medicamento (44), a la hora de determinar el deber del fabricante la cuestión decisiva era siempre la misma.

Lo decisivo es determinar si el fabricante *debe partir de una sospecha seria de peligrosidad* o si no tiene que hacerlo. En caso de que debiera hacerlo, teniendo en cuenta las graves consecuencias que según algunos pacientes y médicos podrían tener los empastes de amalgama para los afectados, el productor se vería obligado a dejar de fabricarlos. Si no tuviera que hacerlo, entonces la venta no supondría una infracción de sus deberes y no habría manera de fundamentar la responsabilidad penal de los empleados de la empresa. En mi opinión

(43) En caso contrario lo que procedería sería un archivo de las actuaciones conforme al artículo 170, párrafo segundo, de la *StPO*.

(44) Artículo 95, párrafo 1.º, número 1, de la Ley del Medicamento.

se podía contestar de manera clara a esta cuestión, con una respuesta válida tanto para este caso como para un más amplio conjunto de casos: el fabricante *podía* seguir distribuyendo el producto, de modo que la responsabilidad penal de los trabajadores responsables no venía al caso.

Por un lado, los posibles efectos lesivos de los empastes de amalgama llevaban muchos años siendo *objeto de investigación científica* y de una amplia discusión de carácter internacional. Según la opinión claramente dominante entre los científicos implicados, se había demostrado que los empastes de amalgama causaban una exposición al mercurio de baja intensidad y a largo plazo, pero no había ninguna sospecha fundamentada de que esto hubiera tenido los efectos lesivos que aducían algunos. En una situación como ésta, *se tiene* que permitir al fabricante que parta de la que es la opinión claramente mayoritaria de la comunidad científica.

Cuando las cosas se miran más de cerca, a menudo se ve que a una opinión de este tipo no se llega a través de un discurso autónomo y desinteresado. También es de esperar que no sea compartida por todos los científicos involucrados (ni por los pacientes o los usuarios). Finalmente, puede ocurrir que algún día se demuestre que una opinión dominante y dotada de fundamentación científica no se ajusta a la realidad. Pero todo esto no cambia el hecho de que se deba permitir al fabricante partir de tal opinión mientras no disponga de conocimientos especiales que muestren su falsedad. Actuando conforme a esa opinión dominante, el productor no actúa de forma contraria a deber. En mi opinión esta conclusión se sigue de modo *prácticamente necesario* de una ponderación de los intereses en juego (45) que tenga en cuenta las consecuencias que tendría el decidir de otra manera (46).

Por otra parte, el fabricante de productos que contienen amalgama podía venderlos también (y sólo) porque estos habían sido *aprobados por la autoridad competente* (47), precisamente como consecuencia de un examen material que también se concentró en la falta de lesividad para la salud de los materiales de relleno. En estas circunstancias y en tanto se trate de «largas exposiciones a pequeñas dosis» (48), se debe permitir de modo general que el fabricante parta de la autoriza-

(45) Que es necesaria para la determinación del deber no sólo en el campo de la responsabilidad penal por el producto. V. KUHLEN (*supra*, nota 1), pp. 93 y ss.

(46) Sobre el tema v. por todos KUHLEN (*supra*, nota 3), p. 658, nota 66.

(47) TIEDEMANN (*supra*, nota 17), p. 775; KUHLEN (*supra*, nota 3), p. 662.

(48) TIEDEMANN (*supra*, nota 17), p. 771.

ción estatal y de la subyacente evaluación de su producto como inofensivo.

Desde luego hay *excepciones* a este principio. Algunas aparecen en la discusión sobre la accesoriedad administrativa del Derecho penal del medio ambiente, donde se comenzaron a tratar desde la perspectiva del abuso de derecho y han acabado siendo regulados en el artículo 330d n.º 5 del *StGB*. Al igual que ocurre en el caso del contaminador, el productor que consigue una autorización por medio de falsedad, soborno, amenaza o cohecho no puede buscar refugio en ésta. También el superior conocimiento del productor sobre la peligrosidad de su producto fundamenta en mi opinión una excepción de este tipo (49).

Pero esto no resta ni un ápice de importancia al principio expuesto. Esta importancia se muestra en los casos en los que, de modo distinto a lo que ocurre con los empastes de amalgama, no existe una opinión científica consolidada tras una intensa investigación. El que la investigación científica no haya podido demostrar de manera suficiente que un producto supone un peligro para la salud no tiene como consecuencia directa la autorización de su venta. Y al revés: para determinar la inadmisibilidad de la comercialización de un producto no basta con que exista una hipótesis que afirme su peligrosidad, aunque ésta haya sido propuesta por algún científico. Lo que es decisivo es antes bien la «sospecha seria de peligrosidad» a la que ya se refirió la Audiencia Provincial de Aachen. Desde luego, en el grupo de casos que hemos visto (50) este criterio es tan vago que el productor debería tener la oportunidad de eludir el riesgo de la interpretación jurídico-penal mediante la obtención de una decisión administrativa.

En resumen: el ejemplo de la amalgama muestra que existen directrices vinculantes para la concreción de los deberes del productor que tienen un carácter completamente intersubjetivo. La existencia de una opinión científica consolidada y la autorización administrativa otorgada como resultado de un test de inocuidad suponen un importante límite para la responsabilidad penal por el producto. Otra cosa es que estos límites no sean respetados en los archivos de actuaciones conforme al artículo 153a de la *StPO*, que en cualquier caso y *de facto* tienen un carácter sancionador.

(49) Lo que es discutido en el derecho penal del medio ambiente y en cualquier caso no está previsto en la ley.

(50) Casos en los que no existe investigación sobre los efectos a largo plazo que el uso del producto puede tener sobre la salud o en los que la investigación que existe es poco clara.

3. El segundo caso ejemplificativo que quiero mostrarles para ilustrar los límites de la responsabilidad penal por el producto tampoco tiene un origen académico, sino que proviene de la praxis. Se trata de una acción de retirada, sobre cuyos aspectos jurídico-penales he elaborado este año un dictamen para un fabricante de ventanas de tejado (una sociedad limitada).

Estas ventanas se instalan en las cubiertas inclinadas de los áticos. No sólo se pueden abrir hacia fuera, sino que también pueden moverse lateralmente, lo que requiere una construcción técnicamente bastante complicada. Comercialmente fueron un gran éxito. Desde 1986 hasta el año 2000 se vendieron aproximadamente 900.000 de las mencionadas ventanas tanto en Alemania como en el exterior, la mayoría a comercios especializados en la construcción que, a su vez, las vendían o directamente a los propietarios o a los operarios contratados que instalan ventanas.

Desde mediados del año 2001 varias personas han resultado lesionadas por ventanas que se soltaron de su anclaje, se deslizaron por el tejado correspondiente y cayeron desde él. Conforme a un informe técnico, el desprendimiento de la ventana se produjo, expresándolo de forma muy simplificada, porque la unión entre el marco de la ventana y el mecanismo basculante no presentaba la suficiente firmeza para el sostenimiento continuado. Aceptemos que se trataba de un defecto de construcción de las ventanas (reconocible ya en el momento de la comercialización) y que éste se puede remediar permanentemente con un refuerzo (*Umrüstung*) de las ventanas (51).

Estas circunstancias suscitan ante todo la cuestión de si la *puesta en circulación* de las ventanas, que posteriormente se soltaron de su anclaje y que acabaron lesionando a varias personas, puede fundamentar responsabilidad penal por lesiones imprudentes (§ 229). Si existiera la responsabilidad penal de las personas jurídicas, habría que contestar afirmativamente a esta cuestión. La venta de las ventanas por la sociedad limitada es causal respecto a las lesiones, constituye una imprudencia atendiendo al defecto de construcción, y el resultado (a menos que en el caso concreto sea, por ejemplo, un fallo de montaje el que conduzca a la caída de una ventana) es una consecuencia objetivamente imputable a la puesta en circulación de la mencionada ventana.

(51) Es decir, mediante una modificación técnica que consiste, en esencia, en completar la unión remachada existente entre el marco de la ventana y el mecanismo de basculación con una unión con tornillos.

La responsabilidad de los *trabajadores individuales de la empresa* que en su momento fueron responsables de la comercialización de las ventanas –única que puede considerarse de *lege lata*– no es por ello evidente. El derecho sustantivo requiere, ante todo, que el defecto de construcción y su peligrosidad fueran ya entonces cognoscibles para el sujeto, conforme a su posición en la empresa y sus conocimientos y capacidades individuales. Esto requiere procesalmente una investigación minuciosa del proceso de construcción, producción y distribución del producto, que se prolongó durante más de 15 años. Ésta le correspondería al ministerio fiscal, pero al no existir petición del fiscal (§ 230), la empresa productora no se interesó por esta cuestión.

En este caso, por el contrario, se trataba de lo que debe hacerse *ahora* en vista de los supuestos lesivos acaecidos. Ello depende no sólo pero sí en gran medida de las exigencias que el Derecho penal formula al productor en esta situación. En caso de incumplimiento de tales exigencias entra en consideración una responsabilidad penal por lesiones imprudentes o dolosas (§ 229, 223 y ss.), o incluso por homicidio (§ 222, 212), dependiendo de las representaciones subjetivas de los responsables y de la aparición de futuros casos lesivos. Si se cumplen aquellas exigencias, decae la posibilidad de una responsabilidad penal conforme a cualquiera de los criterios concebibles. Entre los distintos problemas jurídico-penales que puede suscitar un caso como éste, vuelve a destacarse el de la determinación de los *deberes del productor*.

En consecuencia, hay que partir en primer lugar de que, dado que se trata de la evitación de peligros procedentes de ventanas ya comercializadas, de ahora en adelante sólo entra en consideración como comportamiento punible una *omisión* de las medidas de prevención del peligro (52). Según la doctrina dominante, el productor tiene que responder como garante, y como tal, dadas las circunstancias, está obligado a la retirada de las mercancías ya servidas (53). El *BGH*, en contra de la posición de Schünemann (54), ha reconducido este deber

(52) Esto es así debido al tratamiento de las organizaciones que se ha asentado en la jurisprudencia desde *BGHSt* 37, 106 (114 y ss.), incluyendo a los trabajadores de la empresa que con su comportamiento activo han contribuido a que el productor omita las medidas de protección debidas. V. al respecto *KUHLEN JZ* 1994, pp. 1142 y ss. (1144).

(53) *BGHSt* 37, 106 (114 y ss.). Ulteriores referencias sobre la literatura, en cualquier caso mayoritariamente conforme, en *KUHLEN (supra, nota 7)*, número marginal 35.

(54) Quien entretanto la ha abandonado o al menos la ha modificado en gran medida. Cfr. *SCHÜNEMANN (supra, nota 18)*, pp. 636 y ss.; *SCHÜNEMANN*, «Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft», en *Graul/Wolf (eds.): GS für Dieter Meurer*, 2002, pp. 37 y ss. (63).

de garante a la idea de injerencia (55), que de todos modos encaja mejor en este caso que en el del Lederspray: mientras que allí faltaba (56), aquí concurre la antijuridicidad objetiva a valorar ex ante en la venta del producto (como comportamiento previo que genera el peligro), a causa del defecto de construcción de las ventanas. El productor de las ventanas está obligado como garante a «preocuparse» de que los propietarios de las ventanas y los terceros «(queden) a salvo de los daños para su salud..., que (amenacen) surgir con el uso correcto del artículo a consecuencia de su calidad» (57).

Aunque este deber de garante del productor, y con él también el de los trabajadores de la empresa responsables, no sea evidente, en la práctica, es decir, atendiendo a la jurisprudencia, no presenta problemas. También tienen carácter práctico las dificultades que aparecen con la necesaria *concreción de los deberes*, la única que puede ilustrar qué medidas *en concreto* está obligado a tomar el productor. En tales casos suele haber un amplio abanico de medidas de prevención del peligro más o menos prometedoras y, también, más o menos costosas. En el caso discutido la mayoría de estas posibilidades quedan descartadas de antemano, por ejemplo: una «retirada discreta» (*stiller Rückruf*) (58), el ofrecimiento de enviar a reparar el objeto peligroso, o las instrucciones para un refuerzo que puedan efectuar los propios dueños de las ventanas. En la práctica vienen al caso las siguientes medidas de protección:

- Advertencia mediante comunicación individualizada a los propietarios de ventanas en el tejado que conozca el productor.
- Inserción de la advertencia en los medios de comunicación.
- Ofrecimiento de un refuerzo, es decir, de una complementación de la unión remachada con una unión por tornillos por cuenta de los propietarios de las ventanas.
- Ofrecimiento de un refuerzo de las ventanas por cuenta del productor.
- Ofrecimiento de sustitución de las ventanas por otro tipo de ventanas de tejado, por cuenta del productor.

Aceptemos sin más la existencia de un deber de *advertencia* del productor a los propietarios de ventanas a los que conozca nominal-

(55) *BGHSt* 37, 106 (119 y ss.).

(56) V. por todos *KUHLEN NSZ* 1990, pp. 566 y ss. (568): *KUHLEN (supra, nota 7)* número marginal 34 con ulteriores referencias.

(57) *BGHSt* 37, 106 (114).

(58) V. *BODEWIG, Der Rückruf fehlerhafter Produkte*, 1999, p. 285.

mente. La existencia de deberes de acción más amplios depende, por un lado, de la idoneidad y necesidad de otras medidas para la protección de la vida y la salud y, por otro, de la exigibilidad de tales medidas al productor (59). Salta a la vista que las advertencias públicas junto a las privadas serán idóneas para evitar lesiones adicionales causadas por las ventanas que se caen cuando sólo una fracción de los propietarios del producto sea nominalmente conocida por el productor.

Lo mismo ocurre con el ofrecimiento (60) de un *refuerzo* de las ventanas (61). En la doctrina puede encontrarse la opinión escéptica de que, más allá de la mera advertencia al usuario, es dudosa la necesidad de las medidas de retirada, ya que no hay «ninguna máxima de la experiencia que establezca que se atiende más a las medidas de retirada que a la advertencia» (62). Pero esta visión da la espalda a la realidad y difícilmente puede impresionar a la praxis judicial penal, porque con la mera advertencia poco puede hacer el propietario de una ventana de tejado. A diferencia de lo que puede hacer con otros bienes, no puede simplemente tirar su producto, y apenas puede renunciar permanentemente a su uso, es decir, a abrir la ventana. Si, en lugar de ello y cuando sea posible, se le ofrece un refuerzo de la ventana que garantice su seguridad por largo tiempo, tal oferta, con total seguridad, será aceptada por muchos de los propietarios de ventanas, siendo en mi opinión evidente la ganancia en seguridad a ello vinculada.

Para el productor resulta extraordinariamente interesante la cuestión aneja, aún no resuelta por la jurisprudencia, de si es necesario el ofrecimiento de un refuerzo *por cuenta del productor* o si basta con ofrecer a los propietarios tal refuerzo, pero por su cuenta. Si se atiende a la cuestión previa de la idoneidad y necesidad de las medidas de protección, la respuesta a tal cuestión no ofrece, en mi opinión, ninguna duda. Los propietarios de las ventanas se orientan, como otras personas, por los costes de su conducta. Por lo tanto, harán un uso

(59) Sobre ello, exhaustivamente, BODEWIG (*supra*, nota 58), 200 y ss.

(60) Como se trata de una *oferta* que el propietario de la ventana puede o no aceptar, no es convincente que SCHÜNEMANN (*supra*, nota 18), p. 638, fundamente su tesis según la cual «el deber penal de evitación del resultado se cumpliría siempre con la advertencia a los consumidores» en la idea de que «por supuesto, sólo a él le corresponde decidir si quiere seguir utilizando el producto peligroso del que es propietario».

(61) Lo que debe incluirse en las medidas de retirada en sentido estricto.

(62) FOERSTE, «Deliktische Haftung», en Graf von Westphalen (eds.), *Produkt-haftungshandbuch*, tomo I, 1997, número marginal 262.

mayor del ofrecimiento de refuerzo si no tienen que asumir los costes (63).

Por el contrario, del ofrecimiento de *sustituir* las ventanas de techo por ventanas de otro tipo no se puede esperar ninguna mejora adicional en seguridad. Esa sustitución sería con mucho la medida más cara de entre las que cabe considerar (64). En todo caso, no es necesario un ofrecimiento de cambio porque, conforme al informe técnico, se parte de que el refuerzo de las ventanas supone una solución segura y duradera.

Las medidas idóneas para proteger la vida y la salud frente a lesiones producidas por ventanas de tejado que se caen (advertencias privadas y públicas, ofrecimiento de un refuerzo por cuenta del productor) implican en sí mismas consideradas *costes* por valor de millones y, además, probablemente perjudican la imagen de la empresa productora. Ello suscita la cuestión de si puede exigirse al productor la adopción de los correspondientes deberes de actuación. El *BGH* ha explicado en la sentencia del Lederspray que sólo excepcionalmente considera justificada una limitación de lo adecuado para la protección de bienes jurídicos por el criterio de la exigibilidad al productor, y, consecuentemente, expone: «La retirada necesaria para evitar los daños no (puede) omitirse porque tal acción hubiera generado costes, eventualmente hubiera perjudicado la fama (la imagen) de la empresa implicada y hubiera terminado en un descenso del consumo así como en una pérdida de ganancias; en una ponderación de los intereses en juego deben retroceder los criterios económicos: la protección del consumidor frente a daños a su salud merece preferencia» (65). Algo distinto podría decirse «si, en caso de omisión de la retirada, sólo amenazan a los consumidores inconvenientes insignificantes, mientras que de la retirada se derivarían consecuencias graves para el empresario, posiblemente incluso capaces de afectar a su supervivencia», lo cual, en vista «del peligro de serios perjuicios para la salud, incluso, en parte, de peligro de muerte», no precisaba en aquel caso siquiera plantearse (66).

En estas afirmaciones del *BGH* se acentúan algunos criterios esenciales, que han sido elaborados de forma más completa en la discu-

(63) Así se reconoce también en la doctrina jurídico-civil, donde la cuestión de la concreción de los deberes de retirada se ha discutido más intensamente que en el Derecho penal. V. BODEWIG (*supra*, nota 58), p. 203.

(64) En tal medida también es problemático el aspecto de la exigibilidad, que habría que examinar a continuación.

(65) *BGHSt* 37, 106 (122).

(66) *BGHSt* 37, 106 (122).

sión jurídico-civil especializada (67). Resumiendo esta discusión, todas las circunstancias relevantes del caso hablan a favor de afirmar la exigibilidad de las medidas de protección mencionadas. Es decir, se trata de:

- La peligrosidad de un producto comercializado *en masa*.
- El peligro de lesiones *graves*, incluso de muerte de personas.
- Una puesta en peligro que proviene de un *defecto de construcción* del producto.
- De una puesta en peligro no sólo de los propietarios de ventanas, sino también de *terceros ajenos, niños* incluidos.

Por tanto, todos los puntos de vista significativos hablan a favor de que a pesar de los importantes costes derivados, la empresa productora (y, con ello, a sus directivos responsables) tiene un deber de garante no sólo de advertencia de los propietarios de ventanas que conozca, sino además de advertencia pública y otro más amplio de refuerzo de las ventanas efectuado por cuenta de la empresa.

Con esta determinación de deberes se ha dado un paso importante en la concreción que, en mi opinión, es plausible conforme al estado de la discusión jurídico-dogmática y susceptible de consenso de cara a la praxis. Una precisión ulterior de los deberes del productor, igualmente plausible y susceptible de consenso, parece difícil. Hay que insistir en ello porque la determinación de deberes alcanzada continúa siendo bastante abstracta. Deja *abiertas* una gran cantidad de *cuestiones particulares* que debe responder el productor, para lo que sólo puede orientarse (en tanto falten las indicaciones judiciales correspondientes) por los criterios de idoneidad y necesidad para la protección de bienes jurídicos, por un lado, y la exigibilidad, por el otro.

Para ilustrarlo con un ejemplo: ¿qué se exige exactamente en realidad de un productor de ventanas cuando se dice que está obligado a una *advertencia pública*? Aunque se restrinja al mercado *alemán* (68) y se parta sin más de que la acción de advertir se *organiza* convenientemente (69), se plantea primero el interrogante de en qué medios debe anunciarse. Cabe pensar, en primer lugar, en las publicaciones

(67) Exhaustivamente, BODEWIG (*supra*, nota 58), 136 y ss., 240 y ss., 280.

(68) Lo que simplifica mucho la cuestión, ya que las ventanas se vendieron en todo el mundo.

(69) Sobre ello, DIERCKS, *Organisation des Produktrückrufs: Vorbeugung, Qualitätssicherung, Produzentenhaftung*, 1978, 28 y ss.; REITENBECK, *Die Rückrufpflicht in der Produkthaftung*, 1994, 26 y ss.; FOERSTE (*supra*, nota 62), números marginales 253 y ss.; BODEWIG (*supra*, nota 58), p. 237.

periódicas, junto con la radio y la televisión (70), así como en Internet. En comparación, también sería imaginable pero excesivo pretender exigir al productor que por ejemplo se dirija por carta a cada hogar alemán, que vaya con un coche con megafonía por las poblaciones o advierta por medio de anuncios públicos. Todas estas son formas de comunicación que en principio son aptas y que, por ejemplo, son usuales en las campañas electorales, pero no son habituales en la praxis de las acciones de retirada. Esta praxis, que se justifica bajo el aspecto de la exigibilidad, debe ser respetada por el Derecho penal.

Pero también esta información parcial deja abiertas todavía muchas cuestiones para el productor. Centrándonos en la publicación de advertencias en *prensa*; la Audiencia Provincial de Frankfurt am Main exigió en su sentencia sobre el producto protector de la madera (*Holzschutzmittel*) «anuncios de gran formato en diarios regionales y suprarregionales, así como en publicaciones especializadas» (71). Aunque se acepte esto sin más, subsisten otros problemas. ¿*Qué tamaño* debe tener un anuncio de «gran formato»? ¿debe ocupar una página completa?, ¿basta con media, incluso un cuarto? ¿*Cuántos* (y en qué) días así como *en cuántos* y en qué publicaciones especializadas deben publicarse los anuncios? ¿Cómo deben disponerse los contenidos para lograr el término medio entre una minimización del problema y la desorientación del consumidor por un exceso de información? ¿En qué días de la semana deben publicarse los anuncios y basta una única publicación o debe tener lugar reiteradamente? (72).

No puede darse una respuesta absoluta a todas estas cuestiones que sea de tan generalmente vinculante como precisa. A pesar de todo, el productor debe encontrar una solución concreta para cada uno de los problemas particulares mencionados (73). El Derecho penal debe tener en cuenta este extremadamente complejo contexto de decisión. No se puede llegar más lejos: fijar *ex post* y hasta el último detalle los deberes del productor sancionados penalmente y comparar con tal baremo las decisiones del productor realmente adoptadas sería tan injusto como incompatible con el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. En todo caso, el Derecho penal más bien tiene que actuar con moderación y conceder al productor un marco de juego considerable

(70) Así, FOERSTE (*supra*, nota 62), número marginal 253.

(71) Fallo del LG Frankfurt am Main de 25.5.1993 –5/26K1s65J8793/84–, p. 344.

(72) Sobre esto último FOERSTE (*supra*, nota 62), número marginal 254.

(73) Y sólo se trata de ejemplos, cuya lista se puede prolongar fácilmente atendiendo a la concreta ejecución de la acción de reequipamiento.

en la adopción y ejecución de las medidas de protección que se le exigen (74). Como quiera que se fijen por los tribunales los límites de la responsabilidad civil por el producto, en cualquier caso en el Derecho penal debe regir que el productor actúa conforme a deber si organiza las medidas de protección a que está obligado en el caso concreto tal y como parezca *todavía defendible* desde la perspectiva de la necesaria protección de bienes jurídicos.

4. Para concluir, permítanme decir algo sobre un problema que no ha jugado papel alguno en los casos de responsabilidad por el producto hasta ahora examinados, pero que se me manifestó claramente por primera vez en el caso de las ventanas de tejado. Atañe a los *límites temporales* de la responsabilidad penal por el producto. La retirada actual de las ventanas de tejado no sólo es muy costosa, sino que sería ya la segunda acción semejante que hubo de realizarse, porque ya hace unos 10 años se manifestó otro problema de construcción de las ventanas. De ahí que sea comprensible el interés del productor en saber si, en caso de que en otros 10 años sucedieran nuevos casos de daños, respondería de nuevo o si su responsabilidad por este producto estaría de alguna manera temporalmente limitada.

El § 13, párrafo 1 de la Ley de Responsabilidad por el Producto contiene un límite semejante para los casos de responsabilidad objetiva, conforme al cual la acción de responsabilidad del § 1 se extingue diez años después del momento en que el fabricante ha puesto en circulación el producto que más tarde ha generado los daños. Es un límite claro, una «acción» por daños que acontecen posteriormente se extingue antes siquiera de que hayan surgido. De forma semejante, conforme al § 199, párrafo 2 BGB, reformado este año, las acciones de indemnización por lesiones a la vida, integridad corporal y salud o a la libertad prescriben «a los treinta años de la realización de la acción», «sin tener en cuenta el momento de su surgimiento».

Las *reglas de prescripción jurídico-penales* no contienen una limitación semejante. Conforme a la inequívoca regla del § 78a, la prescripción de la acción comienza con la aparición del resultado, es decir, en los casos que aquí interesan: la lesión de personas. La cuestión era polémica hasta 1975 (75), pero la Ley de Introducción del Código Penal, de 1974, decidió claramente que los primeros intentos «de fijar de forma distinta los plazos de prescripción en casos de grandes intervalos del tiempo entre el comportamiento antijurídico y el resultado

(74) En tal sentido, BODEWIG (*supra*, nota 58), p. 214.

(75) Se decidió entonces en el sentido de la regulación actual, que ya era la opinión dominante.

no son compatibles con el § 78a» (76). Si, por ejemplo, una persona resulta lesionada por un producto 40 años después de su puesta en circulación, el transcurso del plazo de prescripción comienza precisamente en ese momento.

Esta es una consecuencia problemática que no encaja bien con las reglas de prescripción jurídico-civiles. Cuando el resultado de lesión sólo tiene lugar años o incluso décadas después de la ejecución de la acción, a duras penas pueden reconducirse ambos a una acción (sobre todo en los delitos imprudentes). Parte de la doctrina ha defendido la opinión de que en los casos de los llamados «daños producidos a largo plazo» (*Spätfolgeschaden*), «dada la imprevisibilidad e indominabilidad del curso causal en concreto, se excluye la imputación objetiva del resultado a la acción y con ello la posibilidad de un hecho imprudente punible» (77). Evidentemente, tal opinión no se ha impuesto hasta la fecha (78). Pero aunque se siga, no conduce a la limitación temporal de la responsabilidad que aquí interesa.

Esto es así porque concierne solamente a daños producidos a largo plazo, es decir, a consecuencias lesivas *secundarias* que surgen mucho después de la aparición de las lesiones *primarias* (como su consecuencia o intensificación), y en esta constelación surgen problemas procesales específicos (79). Estas cuestiones, sin embargo, no se plantean en los casos de daños tardíos aquí tratados, donde simplemente transcurre un largo período entre la acción y las lesiones primarias. Negar en estos casos la imputación objetiva del resultado u otro presupuesto de la punibilidad por el mero trascurso del tiempo choca con la regulación legal de la prescripción del § 78a, que claramente valora de otra manera ese intervalo temporal.

(76) LK-JÄHNKE, número marginal 16 sobre § 68a, con ulteriores referencias.

(77) Así SCHÜNEMANN «Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung – Eine Zwischenbilanz, en: Schünemann/Pfeiffer (eds.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1988, pp. 473 y ss. (484), a la vista de los casos de contagio «imprudente o doloso» del sida a otra persona. Sobre la problemática jurídico-penal de los daños producidos a largo plazo, cfr. últimamente SCHMITZ, *Unrecht und Zeit: Unrechtsqualifizierung durch zeitlich gestreckte Rechtsgutsverletzungen*, 2001, así como PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2002, 171 y ss.

(78) Sobre el contagio del sida, v. por todas BGHSt 36, I (15), donde la circunstancia «de que en el sida haya de tenerse en cuenta un período de incubación variable, en ocasiones muy dilatado» sólo sirve como argumento frente a la afirmación del dolo de matar. También en contra PUPPE, (*supra*, nota 77), p. 174.

(79) ¿Debe suspenderse el proceso hasta la aparición de una consecuencia ulterior a pesar de que el hecho ya se ha consumado? Si no: ¿no impide la fuerza de cosa juzgada de una sentencia ya dictada la imputación posterior de los daños ulteriores? V. sobre ello SCHÜNEMANN (*supra*, nota 77), pp. 484-485.

Aun cuando la responsabilidad penal por la *puesta en circulación* de productos que sólo décadas después termina en lesiones sea objetable, tal problema puede, en cierto modo, superarse *en la práctica*. Después de usar el producto sin dificultad durante años será bastante improbable encontrar un defecto del producto (*ex ante* reconocible). A ello se añaden los correspondientes problemas a la hora de probar una conducta individual indebida que se ha prolongado durante años, así como obstáculos biológicos a la punición (muerte, incapacidades) y de tipo procesal (disminución del interés público en la persecución).

En la práctica es más importante la cuestión de la limitación temporal de la responsabilidad de garante del productor. Cuando se producen lesiones a personas 40 años después de la puesta en circulación de un producto duradero, ¿realmente sigue estando obligado como garante a realizar todo lo hasta cierto punto financieramente posible para proteger a los propietarios del producto y, eventualmente, a terceros; es decir, a llevar a cabo una costosa acción de retirada después de ese largo período de tiempo, de modo que si omite las medidas pertinentes le amenaza una nueva responsabilidad, por decirlo así, muy fresca?

Al productor de las ventanas que me hizo la anterior pregunta, le dije honestamente que, aun con toda la comprensión hacia sus intereses, no veía en una limitación temporal concreta de la responsabilidad la razón por la que debiera negarse en este caso una posición de garante del productor, considerando que la opinión dominante afirma la existencia de un deber de garante penal que obliga a retirar los productos peligrosos. Esta información no contentó a mi interlocutor, y por eso le prometí que trasladaría su pregunta a un grupo de expertos del más alto nivel que se reunían en Madrid en noviembre de 2002. Ahora cumplo esa promesa. Me alegraría que nuestra discusión también se detuviera sobre la cuestión aquí sólo esbozada de los límites temporales de la responsabilidad por el producto.