

Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto (*)

ERIC HILGENDORF

Catedrático de la Universidad de Würzburg

I. LA CRISIS DE LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LA CAUSALIDAD

Casos de responsabilidad por el producto como el de Contergan (1), el del spray de cuero (2), el del producto protector de la madera (3) o el caso español del aceite de colza (4) han sometido a una difícil prueba a los métodos tradicionales de imputación jurídico-penal (5). Sería exagerado querer lanzar por la borda el instrumental jurídico-penal tradicional de imputación, pero seguramente sea conveniente seguir desarrollando funcionalmente algunos conceptos penales básicos (6). Esto me parece válido, sobre todo, para el concepto de causalidad, que prolonga una miserable existencia en la juris-

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

(1) *LG AACHEN*, JZ 1971, pp. 507 y ss.

(2) *BGHSt* 37, 106 y ss.

(3) *BGHSt* 41, 206 y ss.

(4) *NStZ* 1994, pp. 37 y ss.

(5) En la discusión sobre la responsabilidad penal por el producto sigue siendo fundamental KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989.

(6) GIMBERNAT ORDEIG, en: Hirsch (ed.), *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, 2001, pp. 151 y ss., 165.

prudencia bajo la pigmea forma de la «conditio sine qua non» (7). Los nuevos problemas en la responsabilidad penal por el producto se deben sobre todo a que entre la decisión de fabricar un producto determinado y las lesiones que probablemente se le inflijan al consumidor final existe una cadena causal con algunos eslabones muy heterogéneos. Ahí reside la diferencia esencial entre los casos de responsabilidad por el producto y los casos más sencillos, por ejemplo, cuando se mata o se lesiona a una persona disparándole con un revólver.

En tales casos sencillos —en los que podría hablarse de una «causalidad homogénea»—, la relación de causalidad en cuestión se refiere a un estado de cosas que es uniforme en sí mismo, es decir, que no presenta particularidades relativas a la esfera de actividad de que se trate. Por ejemplo, en el caso del disparo con el revólver, se puede describir y explicar el curso causal relevante entre apretar el gatillo y la entrada de la bala en el cuerpo de la víctima con ayuda de sencillas regularidades mecánicas. En los casos de causalidad heterogénea, por el contrario, están implicados estados de cosas en los que no se puede constatar y comprobar tan fácilmente las regularidades subyacentes. A este grupo pertenecen, por ejemplo, los casos de causalidad psíquica o, mejor dicho, psíquicamente mediada, los casos de causalidad en asociaciones o aquellos en los que la víctima ha contribuido al surgimiento de los daños. Especiales problemas suscitan aquellas constelaciones de casos en las que [como en el caso del producto protector de la madera (8)] el resultado lesivo sólo puede ser descrito como síndrome de numerosos fenómenos singulares, cuya aparición y constelación varía de caso a caso. Un ámbito problemático específico, pero que desborda el tema que aquí se tratará, es la cuestión de si y cómo puede concebirse una imputación individual en grandes empresas organizadas conforme al principio de división del trabajo (9).

El tradicional instrumental jurídico de imputación —nombraré sólo la fórmula de la csqn, la figura del «resultado en su concreta configuración» y la teoría de la imputación objetiva— se ha revelado inadecuado para resolver los nuevos casos problemáticos de forma unívoca e intersubjetivamente comprobable. La crisis se ha percibido más nítidamente en la doctrina que en la praxis jurídica, lo que apenas sorprende dados los distintos requisitos de argumentación. A diferencia de la ciencia jurídica, la jurisprudencia puede y debe decidir autorita-

(7) En adelante hablaré de la fórmula de la csqn.

(8) *BGHS*: 41, 206, 207-208.

(9) Sobre ello, últimamente, BOSCH, *Organisationsverschulden in Unernehmen*, 2002.

tivamente los casos que se le planteen, pudiendo conformarse a veces con argumentos que en la ciencia no pueden ser aceptados sin una explicación más profunda (10).

No obstante, el instrumental jurídico tradicionalmente usado en la resolución de los problemas de causalidad es lo bastante impreciso como para dejar al sentimiento jurídico el espacio necesario para que, a fin de cuentas, las decisiones de la jurisprudencia en los casos paradigmáticos de responsabilidad penal por el producto parezcan siempre aceptables. Es significativo que la jurisprudencia alemana no haya adoptado el más problemático de estos instrumentos de imputación, la teoría de la «imputación objetiva» (11). A continuación quiero mostrar que esta reserva frente a la teoría de la imputación objetiva en su actual formulación es acertada. La tesis central que pretendo elaborar y fundamentar de la mano del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto es que la mayoría de los problemas de «imputación objetiva» son cuestiones de causalidad y que bajo esa forma pueden discutirse de forma más precisa de lo que hasta ahora se ha hecho. Desde luego, presupuesto de ello es el abandono de la equiparación entre «causalidad» y «fórmula de la csqn» y la disposición a tomar en consideración modelos de causalidad más ambiciosos, empleados desde hace tiempo en otras disciplinas (12).

Los problemas de imputación que no puedan traducirse a cuestiones de causalidad pueden ser discutidos en el nivel de la justificación, de modo que no queda sitio para una categoría autónoma de imputación llamada «imputación objetiva». La fórmula rectora de la imputación objetiva en su actual configuración: «creación de un riesgo típicamente relevante (que ya no es socialmente adecuado)» y «realización de ese riesgo en el resultado concreto» (13) es demasiado vaga e indetermi-

(10) Un ejemplo es la fundamentación del *BGH* en el caso del spray de cuero de la responsabilidad jurídico-penal de los miembros de la asociación en las lesiones corporales imprudentes, *BGHSt* 37, 106, 132.

(11) En cualquier caso, no explícitamente. En realidad, la jurisprudencia tiene en cuenta argumentos que también se discuten en el contexto de la imputación objetiva; pero esto no se debe a que adopte esta teoría, sino a que los problemas correspondientes también se plantean (y pueden resolverse) en otras categorías sistemáticas.

(12) Una buena introducción a la moderna discusión sobre la causalidad, comprensible para los juristas, la ofrecen HERBERGER/SIMON, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, 1978, pp. 354 y ss.; cfr. también OPP, *Methodologie der Sozialwissenschaften*, 3.^a ed., 1995, pp. 45 y ss.

(13) Cfr. sobre el tema, con formulaciones ligeramente distintas, WESSELS/BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 32.^a ed., 2002, número marginal 179; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996, p. 287; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 3.^a ed., 1997, § 11, número marginal 44.

nada para ser algo más que una apariencia de legitimación para fundamentar resultados que intuitivamente se perciben como correctos.

II. CAUSALIDAD Y CONEXIÓN CONFORME A LEYES

Para fundamentar la tesis de partida necesitamos, en primer lugar, un modelo jurídico de causalidad más diferenciado. La fórmula de la *conditio sine qua non*, conforme a la cual toda condición necesaria es causa del resultado, no es más que una herramienta para comprobar las relaciones causales, pero no puede sustituir a la definición de causalidad.

En la literatura jurídica a menudo se encuentra la idea de que existe un concepto asentado de causalidad dentro de las ciencias naturales, del que se separa la jurisprudencia mediante conceptos «normativos» propios. De esta forma pasan desapercibidas otras consideraciones: por un lado, que tampoco en las ciencias naturales existe un modelo de causalidad cuasi-«dado». Todas las ciencias se enfrentan a la tarea de desarrollar su aparato conceptual —al que pertenece el concepto de causalidad en la mayoría de las disciplinas—. Las estipulaciones terminológicas necesarias se deciden a la luz de los fines que cada una de ellas persigue. La elaboración científica de conceptos se efectúa en todas las disciplinas *instrumentalmente*, por medio de la construcción de una terminología que resulte adecuada para superar los problemas correspondientes. En ese sentido, toda concepción de la causalidad es «normativa».

Pero, además, la imagen habitual del concepto de causalidad en las ciencias naturales es errónea, porque en ellas, incluida la Física, se discute mucho menos sobre la cuestión de la causalidad que en la jurisprudencia. Quien ojee un manual típico de alguna de las grandes disciplinas de las ciencias naturales buscará casi siempre en vano las explicaciones sobre la casualidad. La discusión sobre la causalidad no tiene lugar en las disciplinas singulares, sino en la Filosofía de la ciencia y la Teoría del conocimiento, que desde la antigüedad se ha consolidado como una rama de la Filosofía. Es cierto que durante la primera mitad del siglo XX la Filosofía de la ciencia se ha ocupado preferentemente de temas de las ciencias naturales. Pero también lo es que, como muy tarde a partir de los años 60 del siglo XX, se incluyeron los problemas de causalidad de las ciencias sociales. El modelo de causalidad clásico formulado por Carl Gustav Hempel (14) puede aplicarse

(14) HEMPEL, *Aspects of Scientific Explanation*, 1965; en alemán, 1977.

a los problemas de causalidad de todas las disciplinas. Desde luego, el presupuesto es que se entienda la causalidad como una categoría empírica en la que se trata de la comprobación de regularidades reales en el mundo que nos rodea (incluido el mundo social).

El programa de comprobación jurídico-penal, tan extraordinariamente refinado en la actual dogmática jurídica alemana, no es sino una explicación en extremo diferenciada y sistematizada de las representaciones dominantes en nuestro ámbito cultural sobre cuándo una persona es «responsable» de un mal. A ellas pertenece ante todo que la persona haya «causado» el mal –si es posible, de forma voluntaria–. Una «causación» presupone, según opinión general y un uso del idioma estrechamente unido a la conciencia jurídica, una relación entre el actor y el resultado, es decir, una modificación del tipo que sea del mundo exterior. En primer lugar, para hacer responsable a alguien de un mal debe haber actuado, o sea, haberse comportado conforme a una dirección de voluntad. No basta con que el mal simplemente suceda en el tiempo a la acción. Por el contrario, es precisa una vinculación concreta entre acción y resultado: si acontece la acción, también cabe esperar que lo haga el resultado en cuestión. Tiene que haber una *conexión conforme a reglas* entre la acción y el resultado.

Esa regularidad a la que se acaba de aludir puede presentarse de dos formas. Por un lado, puede exigir que el resultado en cuestión se vincule siempre a la respectiva acción: siempre que se dé la acción A, entonces se produce el resultado B. Esa conexión puede denominarse determinista. La otra posibilidad consiste en que la acción sólo en determinados casos conduce al resultado, en otros no. Ese tipo de conexión se denomina probabilística (15). Lingüísticamente puede expresarse de distintas formas: si se da la acción A, entonces (a veces) se produce el resultado B, o: si se da la acción A, entonces (a menudo) se produce el resultado B. Aún más estrecha es la conexión si se describe con formulaciones como: si se da la acción A, entonces (muy a menudo) se produce el resultado B, o incluso: si se da la acción A, entonces (casi siempre) se produce el resultado B. Estas

(15) En la jurisprudencia se vienen empleando desde siempre regularidades probabilísticas para la comprobación de la causalidad, pero no se denominan así, porque al utilizarse la fórmula de la *csqn* se difumina la diferencia entre regularidades deterministas y probabilísticas (o estadísticas). Cfr. por ejemplo, HILGENDORF, *Jura*, 1995, pp. 514, 518 y ss.; MUMMENHOFF, *Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität*, 1997, pp. 16-17 y *passim*; UNGER, *Kausalität und Kausalitätsbeweis produktiver Gesundheitschädigungen*, 2001, pp. 84-85, 157 y ss. y *passim*.

descripciones de conexiones probabilísticas se aproximan cada vez más a la descripción de una conexión determinista.

En resumen, se puede decir que, según el uso general del lenguaje profundamente anclado en el sentir jurídico de nuestro ámbito cultural, sólo puede hacerse responsable a un actor por un resultado si lo ha causado mediante su acción. Así será si el actor ha realizado una acción que *por regla general* está vinculada a ese concreto resultado, pudiéndose presentar esa regularidad de forma determinista o probabilística. El caso concreto en cuestión es un subcaso de una conexión conforme a leyes de carácter general. Hablando en abstracto, esto significa que un suceso puede explicarse causalmente si se puede inferir de una ley empírica junto a determinadas condiciones antecedentes.

Este concepto de causalidad es conocido desde hace tiempo en la jurisprudencia. En la ciencia jurídica alemana se planteó por primera vez por Karl Engisch (16), y más tarde fue desarrollado y precisado por Armin Kaufmann y otros (17). El nivel de comprobación en el que se trata la existencia de una conexión conforme a leyes se denomina «causalidad general», mientras que bajo la denominación «causalidad concreta» se comprueba si el caso concreto puede subsumirse en la regla que expresa la conexión conforme a leyes (18). El examen de la causalidad se efectúa en un proceso de dos niveles. Primero se plantea, en el nivel de comprobación de la causalidad general, si se da la regularidad comprobable empíricamente entre el tipo de suceso A y R. Esta regularidad puede ser de tipo determinista, pero también de tipo meramente probabilístico. En el nivel de examen de la causalidad concreta se cuestiona si el concreto caso en cuestión, por ejemplo la acción del actor, puede calificarse como portadora de una condición A. En ese caso puede decirse que el actor ha causado mediante su acción A el resultado R.

El modelo de causalidad más arriba esbozado presenta importantes ventajas frente a la fórmula de la csqn. Desde hace tiempo se sabe que la fórmula de la csqn presupone el conocimiento de las conexiones conformes a leyes: para comprobar que R desaparecería si se suprimiera mentalmente A, tiene que conocerse que A y R están vinculados por regla general. La fórmula de la csqn fracasa cuando existen cau-

(16) ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931.

(17) ARMIN KAUFMANN, *JZ* 1971, pp. 569 y ss.; en profundidad, KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung* (nota 5), pp. 32 y ss.

(18) Críticamente, BOSCH, *Organisationsverschulden* (nota 9), pp. 95 y ss., quien, no obstante, emplea los conceptos de causalidad «general» y «concreta» en otro sentido.

sas alternativas que normalmente también conducen al resultado R. Por esta razón la fórmula de la csqn puede servir, como mucho, de herramienta para comprobar la presencia de una relación causal poco problemática en los casos sencillos. Pero no es ni una *explicación* conceptual precisa de aquello que normalmente entendemos como «causalidad» ni se trata de una *definición* útil de causalidad. La fórmula de la csqn es un criterio (falible) para una relación causal definida sobre la base de una conexión conforme a leyes (19).

III. PROBLEMAS DE CAUSALIDAD EN LOS MODERNOS CASOS DE RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO

Por medio del modelo de causalidad más arriba esbozado pueden ubicarse inequívocamente y discutirse numerosas cuestiones dudosas que se suscitan en los modernos casos de responsabilidad por el producto dentro de la causalidad y la imputación objetiva. Pueden distinguirse cinco constelaciones de problemas, a saber:

- el desconocimiento de las leyes causales relevantes,
- el grado de seguridad con el que debe darse una determinada regularidad para poder ser empleada como ley causal,
- el desconocimiento de eventuales leyes causales alternativas,
- los casos de formulación imprecisa de la ley causal pertinente y
- el problema de la causalidad psíquica (20).

A) Las leyes causales relevantes

La comprobación de las conexiones empíricas, es decir, la investigación sobre las posibles leyes causales es tarea de las ciencias empíricas sociales y naturales. En muchos casos de responsabilidad por el producto va a ser la Medicina la ciencia empírica competente. Puede llevar a cabo afirmaciones científicamente fundadas sobre si la sustancia A conduce por regla general a las lesiones corporales del tipo B. De nuevo, tales afirmaciones pueden ser de tipo determinista o probabilístico. El juez carece por principio de la competencia para compro-

(19) Con mayor profundidad, ENGISCH, *FS. für H. von Weber*, 1963, pp. 247, 261, que caracteriza la fórmula de la csqn como «absolutamente vacía».

(20) Sobre las cuatro primeras constelaciones, cfr. ya HILGENDORF, *FS für Lenckner*, 1998, pp. 699 y ss.

bar tales leyes causales, porque la Ciencia jurídica no es una disciplina empírica. Si según la opinión de los especialistas no existe una conexión conforme a leyes, el juez no puede postularla sin más, sino que debe negar la relación de causalidad.

En el caso inverso, cuando los especialistas competentes admiten una ley causal específica, el juez debe partir de la existencia de la correspondiente relación de causalidad, incluso si duda personalmente, por ejemplo, porque no entiende los métodos de prueba de los expertos. Por supuesto, el recurso a una rama científica sólo es necesario en los casos problemáticos. En la mayoría de los casos restantes las conexiones causales no plantean problemas y el juez puede recurrir a su conocimiento profano de las regularidades empíricas (21).

Todavía no está suficientemente clara la cuestión del grado de generalidad que debe tener la formulación de las regularidades empíricas para poder emplearse como ley causal. El discurso de las «leyes de la naturaleza», que se encuentra con frecuencia en la literatura jurídica, implica un grado de generalidad muy elevado, en el que el uso del lenguaje parece ser desuniforme y poco elaborado. Por eso la expresión «regularidades empíricas» será preferible, en cuanto queden abarcadas también las regularidades en la esfera social. Sigue abierta la cuestión de qué otros requisitos adicionales han de exigirse en la formulación de las regularidades empíricas para poder emplearlas en las comprobaciones jurídicas de la causalidad (22). En todo caso, en la práctica debería bastar con que una regularidad sea reconocida al menos de forma preponderante como posible ley causal por los especialistas científicos competentes (23).

B) La «seguridad» de las leyes causales

Nuestro conocimiento de las regularidades empíricas en el mundo que nos rodea puede ser diversamente seguro. Algunas regularidades son perfectamente conocidas, y no sólo en los entornos especializados, sino que son también por completo incontestables para la mayoría de la población. En cambio, en los casos de responsabilidad por el producto, a menudo las leyes causales pertinentes son todavía desco-

(21) HILGENDORF, *FS für Lenckner* (nota 20), p. 709.

(22) Cfr. por ejemplo DENICKE, *Kausalitätsfeststellung im Strafprozeß*, 1997, p. 104.

(23) Sobre el problema de la formulación de nuevas regularidades por los tribunales, HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, 1993, pp. 120-121.

nocidas y objeto de intensas investigaciones científicas. Ejemplos de ello serían la conexión entre el consumo de tabaco y el cáncer de pulmón o entre las radiaciones de los móviles y los tumores cerebrales. El camino del conocimiento científico discurre con frecuencia desde la idea de la hipótesis marginal y la opinión minoritaria a la opinión mayoritaria y finalmente (en raros casos) a un punto de vista generalmente aceptado. La formulación de la hipótesis de ley de que se trate ni siquiera precisa modificarse en su tenor literal; por supuesto, en la mayor parte de los casos al hilo de la investigación científica será considerablemente precisada frente a la idea de partida.

A la investigación científica de una conexión conforme a leyes pertenecen aquellas pruebas mediante las cuales las hipótesis de leyes se exponen sin cesar al peligro de ser refutadas. Cuanto mayor sea la frecuencia con que la hipótesis supere tales pruebas, tanto más segura será su validez. Uno de los hallazgos esenciales de la moderna Filosofía de la ciencia es que ninguna proposición empírica general es válida con absoluta certeza. Incluso suposiciones tan bien contrastadas como las relativas a las leyes de la naturaleza y otras conexiones conformes a leyes del mundo siguen siendo meras hipótesis, por principio refutables y sustituibles por nuevas suposiciones de leyes.

El grado de validez de la que aquí se trata debe diferenciarse nítidamente del grado de seguridad con que las hipótesis de leyes informan sobre la aparición de un determinado acontecimiento. Un enunciado de ley determinista, conforme al que el resultado R se produce en todos los casos en los que se realiza la acción A, puede ser muy inseguro, aunque pretenda una vinculación «segura» entre A y R (siempre que se dé A, entonces se produce R). Y viceversa, los enunciados de leyes probabilísticas (por ejemplo, «la ingestión de talidomida eleva de forma relevante la probabilidad de malformaciones fetales») pueden ser válidos con gran seguridad. La regla procesal de que el juez no debe darse por satisfecho con la mera probabilidad alude al escaso grado de validez de las leyes causales, pero no a las regularidades probabilísticas (que en ocasiones son muy seguras).

C) Leyes causales alternativas

La sentencia del *BGH* (Tribunal Supremo Federal alemán) en el caso del spray de cuero fue criticada porque el Tribunal afirmó una conexión causal entre el uso del spray y los daños corporales, aunque no se conocían todos los factores potencialmente lesivos. No pudo excluirse con absoluta seguridad que, junto a las sustancias conteni-

das en el spray o en lugar de éstas, fueran otras sustancias las que causaron los daños (24). Este argumento no es convincente: dada la limitación del conocimiento empírico humano nunca puede excluirse que haya otros factores co-causales. La suposición de que un determinado factor sea causal de la aparición de un daño está siempre sometido a la reserva de la limitación de nuestro conocimiento. En caso de que existan explicaciones alternativas, el tribunal debe darse por satisfecho con la seguridad práctica del «mundo real», para lo que la jurisprudencia depende en gran medida de los conocimientos específicos de la disciplina competente.

D) Sobre la formulación de las leyes causales

Un cuarto problema en relación con los nuevos casos de responsabilidad por el producto es el de la concreción con la que ha de aislarse el factor lesivo y, en correspondencia con lo anterior, el grado de detalle con el que ha de formularse la ley causal. La jurisprudencia alemana afirma la existencia de una relación de causalidad entre un determinado producto y un daño también cuando (como es habitual) el producto nocivo podría ser analizado de un modo más preciso y dividido en ulteriores factores potencialmente lesivos (25). A menudo se desconoce la concreta identidad de los factores activos. Así, ni siquiera hoy en día parece haberse aclarado exactamente qué sustancia de la talidomida fue la causante de los daños (26).

El argumento de que los tribunales deberían señalar en cada caso hasta el último detalle las concretas condiciones conformes a leyes necesarias para que se produzca el daño ofrece poca base para criticar la postura de la jurisprudencia (27). Todos los factores lesivos son susceptibles de división hasta el nivel atómico (y posiblemente más allá), de modo que no se puede cumplir con una exigencia de este tipo. Tal precisión tampoco es necesaria de cara a los objetivos de la jurisprudencia. Para poder hacer responsable de unos daños concretos al productor o distribuidor de un determinado producto basta con que

(24) SAMSON, StV 1991, pp. 182 y ss., 183; PUPPE, JR 1992, pp. 29 y ss., 31; HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.^a ed., 1996, p. 42.

(25) BGHS: 41, 206, pp. 213-214 («síndrome del producto protector de la madera»).

(26) AMBERGER-LAHRMANN, Schmähl (ed.), *Gifte. Geschichte der Toxikologie*, 1988, p. 67.

(27) Así, sin embargo, claramente HASSEMER, *Produktverantwortung* (nota 24), p. 41; de modo similar, DENICKE, *Kausalitätsfeststellung* (nota 22), pp. 91, 107.

se pueda establecer con suficiente seguridad que el producto en sí era lesivo. A efectos de la responsabilidad penal por el producto basta con que la formulación de las leyes causales tenga un grado de precisión tal que permita la subsunción en ellas del producto sospechoso o de las sustancias conocidas que lo componen.

E) La denominada causalidad «psíquica»

Un problema específico y hasta el momento apenas tratado en la discusión jurídica sobre la responsabilidad por el producto es el de la causalidad «psíquica» (o, mejor, causalidad «psíquicamente mediada»). Si la admisión de relaciones causales presupone la existencia de conexiones conformes a leyes, éstas también deben poderse constatar en la causalidad psíquicamente mediada. Cuando, por ejemplo, A ofrece a B un producto peligroso y éste lo compra y lo usa, sufriendo daños corporales C, la hija de B, la «cadena causal» pasa por la decisión de B de comprar y usar el producto. Se trata de un supuesto de causalidad heterogénea (28). Pero, ¿se puede considerar efectivamente que la decisión de B ha sido «causalmente producida»? Más en concreto: ¿puede servir como *explanandum* en una explicación causal? A primera vista esto parece contradecir la antigua idea de que la voluntad humana ha de entenderse como «libre». Como es sabido, el libre albedrío se ha llegado a calificar como «ficción estatalmente necesaria» (29).

Es posible restar importancia al problema mediante la descripción de la relación entre la puesta en circulación del producto por A y su compra y utilización por B en términos de una mera relación probabilística: la puesta en circulación del producto no siempre conduce a su utilización, aunque lo haga en (muy) numerosos casos. De este modo, la oferta ha incrementado el riesgo de que el producto llegue a utilizarse, y consiguientemente también ha incrementado (de modo notable) el riesgo de aparición de lesiones físicas. De nuevo se pone de manifiesto que la aceptación y comprobación de relaciones de causalidad presupone conocimiento empírico. Esto es así sobre todo cuando se quiere cuantificar las conexiones probabilísticas, y no sólo concebirlas de un modo cualitativo o comparativo (30).

(28) V. *supra* I.

(29) KOHLRAUSCH, *FS Güterbock*, 1910, p. 26; crítico al respecto ROXIN, *AT* (nota 13), § 19, número marginal 45.

(30) Con mayor profundidad sobre los distintos tipos de ley, HILGENDORF, *Jura* 1995, pp. 514 y ss., 517-518.

Me parece importante que aceptar la posibilidad de describir la conducta humana mediante conexiones conformes a leyes no suponga una toma de decisión sobre la cuestión del libre albedrío. La afirmación de la existencia de regularidades en la conducta humana y su descripción mediante enunciados probabilísticos no implica la presencia de coacción. Desde luego, no se puede considerar que los problemas que tienen relación con las cuestiones anteriores estén resueltos. En los últimos tiempos el libre albedrío viene siendo cuestionado sobre todo por las investigaciones médicas sobre el cerebro, mientras que en filosofía se sigue manteniendo la idea (de manera profundamente modificada y precisada). Por el momento, a la ciencia jurídica no le resulta necesario prescindir de la posibilidad de una causalidad psíquicamente mediada.

Llego a un primer *resumen provisional*: el análisis precedente ha mostrado que los problemas más importantes de la imputación típica en la responsabilidad penal por el producto pueden ser resueltos, o al menos clarificados, por medio de un concepto de causalidad más preciso. Se trata sobre todo de la cuestión del conocimiento o desconocimiento de las leyes causales relevantes y de las posibles alternativas, de la cuestión del grado de validez de tales leyes y del problema de la precisión en su formulación. Todos estos problemas se refieren al nivel de la denominada «causalidad general». ¿Qué funciones le quedan a la figura de la «imputación objetiva» en la resolución de los casos de responsabilidad por el producto?

IV. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Cuando se revisa la literatura sobre responsabilidad penal por el producto de los últimos quince años, se constata que en ella la teoría de la imputación objetiva no parece ocupar un papel digno de mención. Esto es tanto más llamativo si se tiene en cuenta que la responsabilidad por el producto es el mayor reto que se plantea actualmente la metódica de la imputación jurídico-penal. La teoría de la imputación objetiva ni siquiera aparece en la mayoría de los artículos generales sobre la responsabilidad penal por el producto, o en todo caso lo hace de modo marginal (31), y no tiene un papel especial en ninguna de las monografías (32). Finalmente, tampoco el *BGH* ha usado esta

(31) Así, por ejemplo, KUHLEN, *JZ* 1994, pp. 1142 y ss.; OTTO, en: *FS Hirsch*, 1999, pp. 291 y ss.; TIEDEMANN, en: *FS Hirsch*, pp. 765 y ss.; VOGEL, en *FS W. Lorenz*, 2001, pp. 65 y ss.

(32) V., por ejemplo, las nuevas tesis doctorales de DENICKE (nota 22) o UNGER (nota 15); ver también ya KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung* (nota 5), pp. 27-28.

teoría en sus decisiones en los casos más importantes en la materia, los casos del spray de cuero y del producto protector de la madera.

Esta constatación se contrapone claramente a la trayectoria vertical que ha experimentado la teoría de la imputación objetiva en los manuales para alumnos y en los materiales para la preparación del Examen de Estado (*Repetitorenskripten*), así como en amplios sectores de la dogmática jurídico-penal alemana. Particularmente impresionante es la exposición de las figuras de la imputación objetiva que lleva a cabo Roxin (33), quien puede ser considerado el (re)fundador de esta teoría. Incluso Schönemann, un partidario de esta teoría, ha resaltado con razón que «como un pulpo gigante de incontables tentáculos abarca cada vez ámbitos más numerosos y de lo más heterogéneo, tanto desde una perspectiva ontológica como desde una perspectiva normativa» (34). Haría falta una monografía para recopilar de modo tan siquiera aproximado la enorme cantidad de propuestas de aplicación de la teoría.

A mí me parece claro que la figura de la «imputación objetiva» a menudo tiene que funcionar como una especie de cuarto trastero para los problemas de tipicidad y justificación que aún no han sido resueltos. La inflacionaria utilización del topos de la «imputación objetiva» que se produce actualmente se encuentra en relación inversa con su potencial explicativo y para la resolución de problemas. En lo que sigue me gustaría centrarme en algunas observaciones sobre el desarrollo de la teoría, que deberían redondear lo que he expuesto acerca de los problemas de la causalidad en la responsabilidad penal por el producto. Debe resaltarse que de ninguna forma pretendo defender la vuelta a una indiferenciada utilización de la fórmula de la *csqn*, un estadio de evolución en la construcción del sistema jurídico-penal que con razón ha sido criticado por los defensores de la teoría de la imputación objetiva. Antes bien, el propósito de la exposición que sigue es promover la reformulación de los resultados más importantes de la teoría de la imputación objetiva en términos de un modelo causal más preciso, por un lado, y de nuevas causas de justificación, por otro.

La teoría de la imputación objetiva fue concebida como un instrumento para la restricción del tipo objetivo (35). Era necesaria para corregir ya en el propio tipo objetivo la inadecuada amplitud y falta

(33) AT (nota 13), § 11, números marginales 39 y ss.

(34) SCHÜNEMANN, GA 1999, p. 207. Últimamente KUHLEN, FS Roxin, 2001, pp. 331 y ss., ha propuesto ampliar la aplicación de la teoría hasta incluir el nivel de las causas de justificación.

(35) HONIG, FG Frank, tomo I, 1930, pp. 174 y ss.

de concreción de la fórmula de la csqn. A pesar de los esfuerzos desarrollados a lo largo de varias décadas, todavía no se ha conseguido dar un contenido preciso a esta teoría. Aun cuando existe acuerdo en que se quiere limitar normativamente la fórmula de la csqn, no lo hay sobre las bases de las valoraciones necesarias para hacerlo. De modo predominante uno se contenta con la construcción de grupos de casos en los que se debe excluir la imputación (36), y en muchas ocasiones el empleo de la «imputación objetiva» no va más allá de la apelación al sentimiento jurídico. La doctrina ha resaltado con razón que la teoría de la imputación objetiva comprende grupos de casos totalmente heterogéneos (37). Debería ser tarea de la dogmática estudiar las diferencias estructurales de estos grupos de casos con mayor profundidad de lo que lo ha venido haciendo, para poder incluirlos en las correspondientes categorías jurídico-penales en lugar de subsumirlos en bloque en las fórmulas multiuso de la «creación de un riesgo jurídicamente relevante» y la «realización del riesgo».

El principal ámbito de aplicación de la teoría de la imputación objetiva viene dado por aquellos casos en los que la producción del resultado típico se debe a un curso causal anómalo e imprevisible. El criterio de la falta de adecuación al que con ello se hace referencia puede describirse siguiendo el modelo causal más arriba expuesto (38), mediante el uso de regularidades probabilísticas con una probabilidad especialmente baja. Si la aversión al presuntamente naturalista (39) «dogma causal» no hubiera obstruido la visión de la dogmática jurídica alemana, quizás se hubiera advertido mucho antes o se hubiera expresado de forma más clara que la teoría de la adecuación no sólo se puede interpretar como un precursor histórico de la teoría de la imputación objetiva, sino que siempre ha constituido su núcleo racional (40).

Sólo unos pocos grupos de casos no parecen poderse solucionar mediante una concepción causal ampliada con el punto de vista de la adecuación. Entre estos se cuentan ante todo los casos en los que se produce una modificación incontrolable pero en principio previsible del curso causal «normal». Ejemplos de lo anterior son los casos en

(36) V., por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *AT* (nota 13), pp. 286 y ss.

(37) Así, junto a SCHÜNEMANN (nota 34), v. especialmente HIRSCH, *FS Lenckner* (nota 20), pp. 119 y ss., 122 y ss.

(38) V. *supra* II.

(39) Con mayor profundidad sobre el naturalismo y su recepción en la teoría jurídica v. HILGENDORF, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 11 (2003), en curso de publicación.

(40) HILGENDORF, *Jura* 1995, pp. 514 y ss., 522.

los que el daño es incrementado por la propia víctima u otros factores que el autor no puede dominar, o aquéllos en los que un tercero se inmiscuye de manera imprevisible en el curso causal. Estos casos pueden ser totalmente adecuados, esto es, su existencia no queda fuera de toda experiencia. A pesar de esto, parece inadecuado, por ejemplo, que al fabricante cuyo producto ha causado daños físicos al consumidor también se le responsabilice de que la propia víctima con negligencia extrema se eche veneno sobre la herida, de que se infecte con un agente patógeno letal en una clínica o de que un tercero mate (dolosamente) a la debilitada víctima.

¿Son estos casos, que ni siquiera teniendo en cuenta el pensamiento de la adecuación se pueden solucionar de modo satisfactorio en sede de causalidad, candidatos a la defensa de la teoría imputación objetiva? Me gustaría responder esta pregunta con un claro «sí y no» (*Jein*): la adecuación es, junto con la causalidad en el sentido de la fórmula de la csqn, una condición necesaria pero no siempre suficiente para una imputación satisfactoria. Existen casos en los que, a pesar de la adecuación de la producción del resultado, la imputación se muestra desacertada, como, por ejemplo, cuando el resultado se produce porque la víctima se ha comportado de un modo extremadamente descuidado.

V. UNA NUEVA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

¿Cómo pueden excluirse estos casos de la esfera de responsabilidad del autor de una forma clara, susceptible de demostración y por lo tanto comprobable? La literatura sobre esta pregunta ya llena bibliotecas enteras, sin que parezca que se haya producido una aproximación a una solución susceptible de consenso generalizado. La clave para una solución razonable yace, en mi opinión, en la siguiente idea: si el Derecho penal ha de tener efectos preventivo-generales, entonces también la responsabilidad del autor debe restringirse a aquellas consecuencias que no sólo pudo prever, sino que también pudo *controlar* de modo general. En palabras de Schünemann: «la utilidad preventivo-general [...] es la que justifica cargar al autor con el resultado producido, mientras que sin tal utilidad preventivo-general la imputación del resultado no tendría sentido en Derecho penal» (41).

(41) SCHÜNEMANN, GA 1999, pp. 207 y ss., 209.

El productor no será perseguido penalmente por los daños adicionales que se produzcan por la conducta imprevisible del usuario, ya que una norma penal de prohibición dirigida al productor que penara tales daños adicionales no tendría sentido desde el punto de vista preventivo. Lo que ni de modo aproximado puede controlarse, tampoco tiene por qué intentar ser evitado. Para hacer referencia a las consecuencias que ya no se pueden controlar, puesto que en el caso concreto son indominables, me gustaría proponer el término «supervenidas» (42).

La distinción entre causas supervenidas y no supervenidas es complicada, ya que ambas pueden ser previsibles. El criterio de la posibilidad de control sólo nos ofrece un criterio general. La cuestión principal sobre si la norma de conducta infringida por el actor «era adecuada y también en retrospectiva sigue siéndolo» (43) para evitar el resultado en cuestión tampoco proporciona un criterio claro. La decisión acerca de si hay o no que imputar objetivamente un resultado adecuado y causalmente producido es algo que según Schünemann debe resultar de la interpretación de la norma, considerando sobre todo su fin de protección (44). A falta de reglas de delimitación más precisas, hoy en día este es el mejor procedimiento en el contexto de la imputación objetiva. Sin embargo, a la vista de las reconocidas limitaciones e incertidumbres que presenta la interpretación teleológica (45), me parece que tiene sentido reflexionar sobre el desarrollo del procedimiento para la exclusión de las consecuencias supervenidas de la acción.

El punto de partida de tales reflexiones debería ser que la sistemática jurídico-penal junto con su esbozo práctico, la determinación de pautas para el examen del caso, ha de construirse atendiendo a consideraciones de racionalidad instrumental. No existen estructuras preestablecidas que obliguen a una determinada configuración (46), por lo que es posible discutir los criterios que hoy se examinan de forma

(42) Del latín «supervenire», llegar. En filosofía la expresión se utiliza sobre todo en filosofía de la mente, v. Mittelstrass (ed.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, vol. 4 (1996), pp. 144-145.

(43) SCHÜNEMANN, GA 1999, pp. 207 y ss., 215.

(44) SCHÜNEMANN, GA 1999, pp. 207 y ss., 224.

(45) WEBER, en: BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., 1995, § 14, números marginales 95-96, con ulteriores referencias; similar en la fijación de objetivos BUSTOS RAMÍREZ, *FS Arm. Kaufmann*, 1989, pp. 213 y ss., 233.

(46) Aunque las circunstancias fácticas del mundo que nos rodea bien pueden hacer que algunas formas de sistematización jurídico-penal parezcan mucho más adecuadas que otras. Esta idea es el núcleo acertado de la noción de «estructuras lógico-objetivas».

conjunta y relativamente indiferenciada en el marco de la teoría de la imputación objetiva en otros niveles del sistema y en otras categorías dogmáticas. Ya se ha mostrado que gran parte de los problemas se pueden interpretar en términos de causalidad, si se supera el marco de la fórmula de la *csqn*, demasiado simple para estos grupos de casos, y se tienen en cuenta las regularidades que les sirven de base (sean deterministas o probabilísticas). Otras potenciales categorías específicas son el concepto de conducta (jurídico-penalmente relevante) (47) y, en los delitos imprudentes, el contexto de infracción del deber (48).

Otra posibilidad, interesante y hasta ahora demasiado poco sondeada (49), podría ser la ubicación de ciertas constelaciones en sede de justificación. Aquí hay que tener en cuenta tanto causas de justificación tradicionales, como el consentimiento o el riesgo permitido (50), como la creación de otras nuevas. El número de causas de justificación está abierto por arriba (51). Sería por tanto posible explicitar las consideraciones relevantes para la responsabilidad que hoy en día aún se tratan más mal que bien en el contexto de la «imputación objetiva» y reunir las en una o varias nuevas causas de justificación formuladas de modo preciso. Si se quiere tratar el problema ya en sede de tipicidad, entonces puede pensarse en una nueva categoría de «causas de exclusión de la responsabilidad» que sigan manteniéndose en tal sede (52).

Bien entendido, no se trata de abandonar la teoría de la imputación objetiva, sino de trasladar los grupos de casos que ésta ha construido a conceptos y figuras jurídicas susceptibles de ser manejadas con precisión. La sistemática jurídico-penal es libre de crear estas figuras en tanto parezca adecuado. De esta manera podría conseguirse que la «teoría de la imputación objetiva», reducida por sus propios seguidores a un conjunto de reflexiones sobre el fin de protección (53), se estructurara de un modo completamente racional, y así cortar de una vez por todas la cabeza del pulpo schünemanniano.

(47) Así, la propuesta de FRISCH, *FS Roxin* (nota 34), pp. 232 y ss.

(48) HIRSCH, *FS Lenckner* (nota 20), pp. 125 y ss., 127-128.

(49) V., sin embargo, WEBER, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT* (nota 45), § 14, números marginales 96, 99 y *passim*.

(50) Según otra opinión, en el «riesgo permitido» lo que hay es una restricción del tipo.

(51) JESCHECK/WEIGEND, *AT* (nota 13), p. 327.

(52) En este contexto v. también la discusión sobre la interpretación dogmática del § 5 *TDG* en su versión anterior, o de los vigentes §§ 8 y ss. *TDG* [*Teledienstegesetz: Ley sobre servicios de información y comunicación electrónica* (N. de los T.)].

(53) V. nota 44.

VI. TESIS DEFINITIVAS

1. La afirmación de la existencia de una relación de causalidad entre dos sucesos implica la aceptación de una conexión conforme a ley entre ambos. Esta conexión puede ser de naturaleza determinista, pero también probabilística.

2. La fórmula de la csqn oculta la diferencia entre estos dos tipos de conexiones conformes a leyes. Sin embargo, en los casos problemáticos, entre los que hay que incluir los casos modernos de responsabilidad por el producto, a menudo es útil tener presente la relación de causalidad subyacente, como han propuesto Engisch y otros.

3. La mayoría de los problemas de la causalidad en la responsabilidad por el producto se pueden discutir dentro de los siguientes grupos de problemas: desconocimiento de las leyes causales relevantes, grado de validez, desconocimiento de leyes causales alternativas y grado de precisión de la formulación de las leyes causales. A éstos hay que añadir el poco discutido problema de la causalidad psíquicamente mediada.

4. La teoría de la imputación objetiva no ha tenido hasta el momento un gran papel en la discusión sobre la responsabilidad penal por el producto. Esto puede ser un indicio de que se debería reflexionar críticamente sobre el ámbito de aplicación de esta teoría, que como un pulpo amenaza con abarcar todo el ámbito de la tipicidad y la antijuridicidad.

5. Mi propuesta consiste en el desarrollo de la figura de la imputación objetiva. Por una parte, dentro de un modelo causal más ambicioso por medio del cual ante todo se pueden abarcar los cursos causales extremadamente improbables y, por otra, a través de la formulación de nuevas causas de justificación para grupos de casos como la autopuesta en peligro y la incontrolable intervención de terceros.