

33

IN S'PRAXIDE ET PRO

Revista

Enero 2014

33

Revista Penal

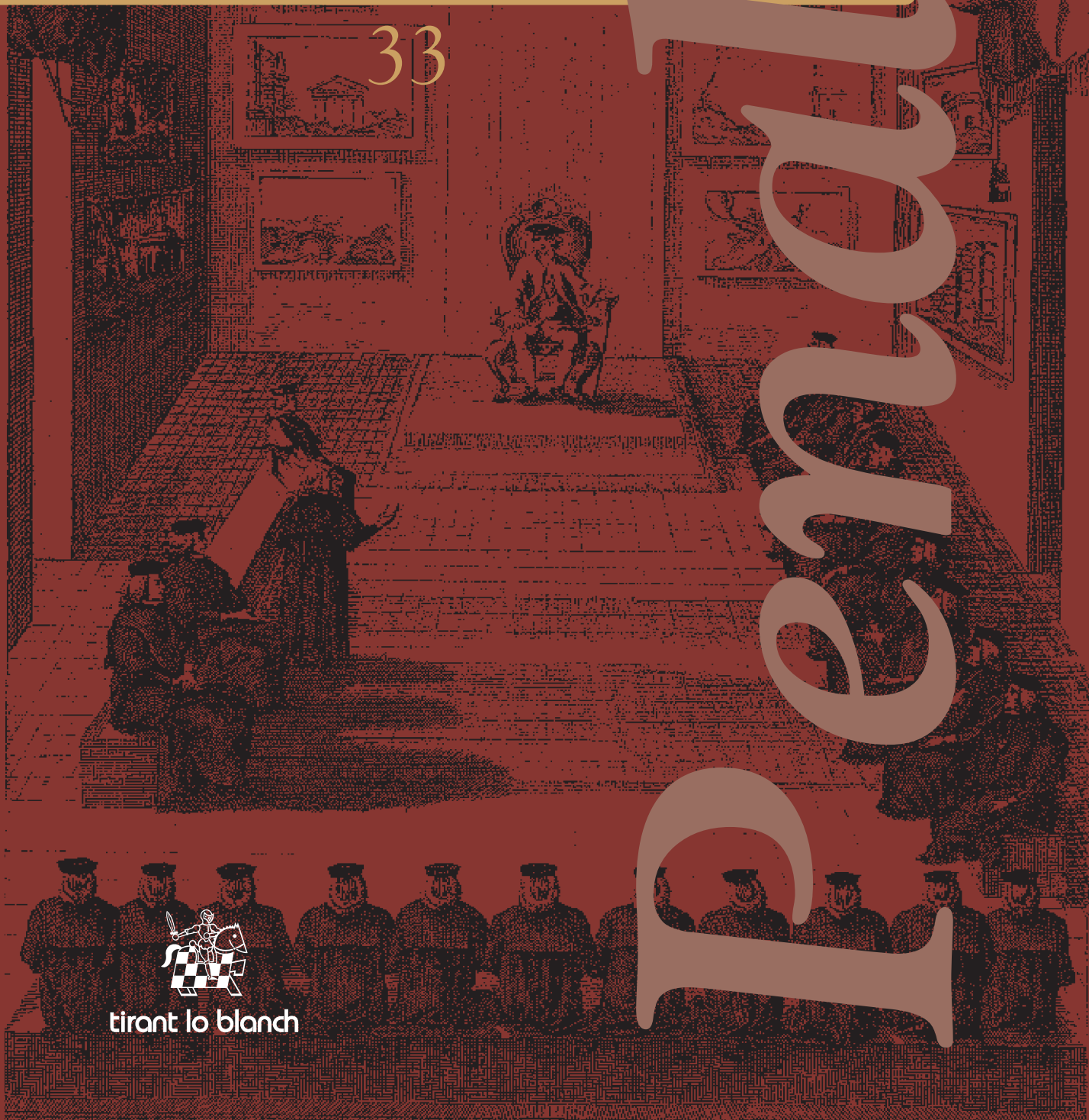
Enero 2014



tirant lo blanch



Penal



Revista Penal

Número 33

Sumario

Doctrina:

– La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i>	32
– Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, por <i>Donato Castronuovo</i>	66
– Recurso de apelación penal y debido proceso, por <i>María Luisa Escalada López</i>	80
– El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– Sobre la accesoriadad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente, por <i>Andreas Hoyer</i>	108
– Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	117
– La situación actual de la justicia penal en Italia, por <i>Enzo Musco</i>	130
– Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera, por <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i>	137
– Neoliberalismo y política criminal contemporánea, por <i>Fábio da Silva Bozza</i>	159
– La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, por <i>Margarita Roig Torres</i>	170
– Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	208
Especial: Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	218
Sistemas penales comparados: Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine).....	230
Bibliografía Notas bibliográficas por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	281
In Memoriam	
– Joachim Vogel in Memoriam, por <i>Adán Nieto Martín y Luigi Foffani</i>	289
– Ruperto Núñez Barbero in Memoriam, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	291
Crónica: Informe sobre el Congreso de Ciencias Criminales realizado el 5 de julio de 2013 en la ciudad de Göttingen (Alemania) “Imputación de comportamientos macrocriminales - aspectos empíricos y teóricos desde una perspectiva comparada”, por <i>Stefanie Bock</i>	293
Informe final del Grupo de Trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	297



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P.Fletcher. Univ.Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	John Vervaele. Univ. Utrecht
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurre Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño(Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morón (República Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Luca Ramponi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM

Donato Castronuovo

Revista Penal, n.º 33. - Enero 2014

Ficha técnica

Autor: Dr. Donato Castronuovo

Adscripción institucional: Profesor de Derecho Penal. Universidad de Módena y Reggio Emilia

Sumario: I. Principio de precaución y responsabilidad frente a las generaciones futuras. 1. Una definición (mínima) de “principio de precaución”. 2. Sectores de aplicación del principio de precaución y perspectivas (sincrónica y diacrónica) de la tutela. 3. La (necesaria) distinción entre prevención y precaución. 4. Principio de precaución y responsabilidad frente a las generaciones futuras. II. Las difíciles relaciones entre principio de precaución y Derecho penal. 1. La irrupción del principio de precaución en el Derecho penal: ¿hacia una “dogmática del riesgo incierto”? 2. Límites de coherencia entre el principio de precaución y las categorías dogmáticas clásicas. 3. La dificultad de identificar principio de precaución con peligro abstracto: los “delitos de precaución” entre mera desobediencia y violaciones de procedimientos o de preceptos administrativos o de valores-límites. III. Introducción a la regulación sancionatoria en materia de OGM en el ordenamiento italiano. 1. Los OGM como paradigma del riesgo incierto. 2. Algunas observaciones sobre la estructura de la regulación italiana.

Resumen: El principio de precaución (cuya indeterminación puede ser reducida al menos parcialmente dando valor al atributo de “cientificidad” de la incertidumbre del riesgo temido) presenta una problemática cada vez mayor en su dimensión de tutela (diacrónica) de las generaciones futuras: un desafío tan difícil como ineludible. Partiendo de la irrupción del principio en el Derecho penal, se analiza la compatibilidad del mismo con respecto a las categorías dogmáticas clásicas (riesgo ilícito, causalidad, culpa, peligro), reconociendo una similitud parcial de los supuestos precautorios con nuevas formas de delitos de mera desobediencia. Finalmente, las dificultades para desplegar una tutela penal de las generaciones futuras son analizadas mediante referencias a algunas normas paradójicas de la legislación italiana sobre los OGM, una materia inspirada de forma clara por el principio de precaución.

Palabras clave: Derecho penal, principio de precaución, riesgo, peligro, OGM

Abstract: The precautionary principle, whose vagueness might be reduced at least partially by stressing that the uncertainty about the risk must be of scientific nature, poses an increasingly relevant problem in relation with its protective function regarding future generations: this is a challenge both difficult and unavoidable. Starting by how this principle has burst upon criminal law, its compatibility with the traditional dogmatic categories (unlawful risk, causality, *mens rea*, danger) is then analyzed, acknowledging also the partial similarity between the precautionary offences and new examples of mere formal offences. Finally, the difficulties for criminal law to protect future generations are analyzed by making reference to some paradoxical rules within the Italian legislation on GMO, which field clearly inspired by the precautionary principle.

Key words: Criminal law, precautionary principle, risk, danger, GMO

Observaciones: Texto traducido por Víctor Manuel Macías Caro, Doctor en Derecho por la Universidad de Módena y Reggio Emilia. Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto de investigación de la Universidad de Barcelona: “Nuevos desafíos del Derecho penal ante el fraude de consumidores” (DER 2011-29982)

Recepción del artículo: 10-10-2013

Evaluación favorable: 01-11-2013

I. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y RESPONSABILIDAD FRENTE A LAS GENERACIONES FUTURAS

1. Una definición (mínima) de “principio de precaución”

La noción de principio de precaución es extraordinariamente controvertida y se la considera a menudo, con razón, excesivamente indeterminada. El principio de precaución puede ser definido de manera aproximada como *criterio de gestión (provisional) del riesgo en situaciones de incertidumbre científica sobre los posibles efectos nocivos relacionados hipotéticamente con determinadas actividades, productos, sustancias, establecimientos, instalaciones, etc.*

En realidad, el principio de precaución ha sido objeto de numerosas definiciones entre *versiones fuertes* (cuando no intransigentes) y *versiones débiles* (o moderadas), de gran heterogeneidad entre sí y a menudo coexistentes¹. Por otra parte, es evidente que también entre las versiones conocidas como “débiles” o “moderadas” se dan matices y enfoques diferenciados: sirva como ejemplo, generalizando, la comparación entre el enfoque muy “débil” (y antiproteccionista) que inspira el Acuerdo sobre la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias (Acuerdo MSF), aprobado en el seno de la OMC, y los enfoques de origen europeo, los cuales si

se observa detenidamente, también parecen influidos al menos en parte por el primer tipo de versiones.

No obstante, en el contexto de las versiones “moderadas”, el requisito de *cientificidad* de la incertidumbre podría ser valorado —al objeto de recuperar parcialmente la determinación— en dos sentidos. En primer lugar, la situación de incertidumbre que sirve de presupuesto al posible recurso al principio de precaución debe ser solo de *incertidumbre nomológica*, excluyendo los supuestos de *incertidumbre ontológica* (o *fáctica*), los cuales pueden ser por el contrario conceptualmente vinculados, de manera más apropiada, con el tradicional *principio de prevención* (*infra*, epígrafe 1.3). En segundo lugar, la *cientificidad* de la incertidumbre puede (y debe) ser entendida también en el sentido de que “la condición previa y necesaria para recurrir al principio de precaución es una evaluación de los datos científicos sobre los riesgos [potenciales]”².

Dicho enfoque podría servir como criterio de distinción (aunque todavía impreciso) entre *precaución* (como actitud genérica de cautela ante situaciones de riesgo incierto), *precaucionismo* (como ideología inspirada a veces en el ultraconservadurismo y con rasgos de fundamentalismo apocalíptico) y *principio de precaución* (como principio jurídico con connotación “procedimental”, válido en situaciones de riesgo científicamente incierto)³.

1 Cfr., por ejemplo, SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, 2005, trad. it.: *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, p. 31 y ss. [trad. cast.: *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*, Katz, 2009]. La noción “mínima” recuperada en este texto parece de todos modos corresponder con el uso lingüístico más común en el discurso jurídico-penal, además de ser funcional para los objetivos descriptivos aquí perseguidos. Para una definición de fuente normativa, véase el art. 7 del Reglamento (CE) n.º 178/2002 sobre la seguridad alimentaria. Para mayor información y referencias bibliográficas esenciales, permítase remitir desde ahora a CASTRONUOVO, D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012.

2 Cfr. *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*, Bruselas, 2.2.200, COM(2000), epígrafe 5.1.1., p. 13. El principio de precaución es sintetizado de la siguiente manera: “El recurso al principio de precaución presupone: –La identificación de efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno, de un producto o de un proceso; – Una evaluación científica de los riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión”; (*ibidem*, epígrafe 5.3.3, p. 15).

3 En sentido parcialmente análogo, CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti dell'anticipazione della tutela penale*, Turín, 2013, p. 8 y ss., distingue entre “genérica ‘idea de precaución’” y “principio jurídico de precaución”.

Se deriva de ello que el recurso al principio de precaución está irremediablemente vinculado con disponer de elementos que, pese a no ser suficientes, son objeto o fruto de un proceso de “evaluación (científica) del riesgo”⁴. En sustancia, recurrir en sede de gestión del riesgo (*risk management*) a medidas basadas en el principio de precaución (que son por definición provisionales) requiere, más allá de meras conjeturas “precaucionistas” (y “paralizantes”)⁵, que las evidencias científicas disponibles provisionalmente sean insuficientes o no concluyentes, estando presentes al mismo tiempo indicaciones que, mediante una correcta evaluación del riesgo (*risk assesment*), permiten formular hipótesis razonables sobre efectos adversos para el medioambiente o la salud⁶.

Del recurso al principio de precaución se discute, por lo tanto, en el cada vez más extenso contexto de la gestión del riesgo científicamente incierto, en particular, de la del *riesgo tecnológico*. En el plano funcional, el principio en cuestión ha sufrido una evolución que lo ha proyectado hacia la tutela de un cada vez más amplio conjunto de intereses, siendo aplicado en sectores totalmente heterogéneos entre sí: no solo la tutela del medioambiente, el ecosistema, la fauna y flora, el paisaje, la vida y la salud humana (incluso desde el punto de vista de “consumidor” de productos), sino también, *de manera impropia*, la seguridad nacional e internacional y la lucha contra el terrorismo⁷.

2. Sectores de aplicación del principio de precaución y perspectivas (sincrónica y diacrónica) de la tutela

La ingente producción normativa europea de los últimos años parece seguir una dirección clara en varios contextos de “riesgo” (medioambiental, laboral, alimentario, industrial, etc.), hacia un “*elevado nivel de tutela*”. Esta política se sirve como *instrumento* de la progresiva extensión de la aplicación del principio de precaución a ámbitos de tutela cada vez más amplios y siempre más allá del sector (originalmente exclusivo) de la seguridad medioambiental.

Si bien, en el plano del Derecho de los tratados, solo en materia de medioambiente (art. 191 TFUE) es posible dar con una referencia expresa al principio de precaución, su ámbito actual —sobre todo tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero también con amplias confirmaciones en el Derecho “derivado”— ha llegado a ser mucho más extenso, habiendo sido aplicado en materias con incidencia en la tutela de la salud humana (y no solo de la flora y fauna). Por lo tanto, el ámbito de aplicación del principio de precaución atañe ciertamente, en los ordenamientos de los países europeos, algunos sectores orientados a la tutela de la *seguridad*: medioambiente; alimentos; productos (distintos de los alimentos); OGM; contaminación electromagnética; trabajo (exposiciones profesionales); actividad terapéutica; trasplantes de órganos (en particular, xenotrasplantes); experimentación farmacológica; productos biomédicos; etc.

4 Este es el sentido que también parece indicar el art. 191, apdo. 3, TFUE, el cual prevé que la Unión, al establecer su política medioambiental (basada, de acuerdo con el apdo. 2, también en el principio de precaución), debe tener en cuenta, entre otras cosas, “los datos científicos y técnicos disponibles”; además de el art. 7 del Reglamento (CE) N.º 178/2002 sobre la seguridad alimentaria allí donde dispone que las “medidas provisionales de gestión del riesgo” (apdo. 1) “serán revisadas en un plazo de tiempo razonable, en función (...) del tipo de información científica necesaria para aclarar la incertidumbre y llevar a cabo una determinación del riesgo más exhaustiva”. Con todavía mayor claridad, en el ordenamiento interno italiano, véase el art. 301 (“implementación del principio de precaución”) del Código Medioambiental (Decreto legislativo n.º 152/2006): la aplicación del principio de precaución “*concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva* [atañe al riesgo que pueda ser identificado de cualquier modo tras una preliminar evaluación científica objetiva]”; además, las medidas adoptables por parte del Ministerio de Medio Ambiente en aplicación del principio de precaución deben resultar, entre otras cosas, “*aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici* [actualizables a la luz de nuevos datos científicos]”.

5 Cfr. SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, cit., *passim* y en part. pp. 15 y ss., pone en evidencia el carácter “paralizador” del principio en cuestión, considerando que, si es aplicado con rigor, terminaría por prohibir las propias medidas que aconseja adoptar “porque cada una de ellas crearía por sí mismas nuevos riesgos sociales e individuales”.

6 Sobre el necesario e intrínseco carácter científico del principio en cuestión (y de la evaluación y gestión del riesgo), cfr. también MARTINI, “*incertezza scientifica, rischio e prevenzione*. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione”, en BARTOLI (coord.), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Florencia, 2010, pp. 592 y ss. y 597. Cfr., además, CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit., p. 13, que escribe de “incertidumbre ‘razonable’ (...) en el sentido de que la incertidumbre científica no puede resolverse en una ausencia absoluta de conocimiento. Al objeto de que una incertidumbre científica constituya fundamento de una acción precautoria, esta debe ser el fruto de una valoración científica (...)”.

7 De manera impropia, dado que en referencia a la seguridad nacional o internacional o a la lucha contra el terrorismo no nos encontramos ya en contextos de incertidumbre nomológica, sino fáctica u ontológica (desarrollo y referencias en CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 31 y ss.).

La expansión de los ámbitos de aplicación del principio de precaución es particularmente evidente en los casos en que la valoración de los bienes implicados por la noción de seguridad corresponde con la de sectores de “vanguardia” de la tutela de la vida, la incolumidad, la salud, el ecosistema, no solo en la (ya clásica) *bidimensionalidad teleológica de la protección* (que es, al mismo tiempo, individual y colectiva), sino también en la innovadora *perspectiva diacrónica y multigeneracional*, evocada frecuentemente en las reflexiones —no solo filosóficas— sobre el principio de precaución: un punto de vista que contiene cuestiones y desafíos verdaderamente formidables para toda la humanidad, es decir, la responsabilidad frente a (y la tutela de) las generaciones futuras (*infra*, epígrafe 1.4)⁸.

Dejando a un lado las motivaciones, incluso comprensibles, que pueden llevar a “actitudes conservadoras” (respecto a algunos bienes primarios) como a las que da lugar el principio de precaución, los resultados “jurídicos” —suspendidos entre las contrapuestas versiones radicales o maximalistas del mismo y las versiones más débiles o moderadas— deberían tender a una composición lo más equilibrada posible, entre las exigencias reguladoras de la *polis* y las exigencias operativas de la *techné*, sin caer en una neofobia apocalíptica que a veces tiende a organizar extemporáneas “batidas de caza de brujas”, ni en una especie de liberalismo desenfrenado y totalmente guiado por la lógica del beneficio.

No obstante, es difícil encontrar el huido punto de equilibrio entre el “precaucionismo” como ideología del miedo y un “principio de precaución” entendido sobre la base de un razonable criterios conservador de bienes fundamentales mediante la regulación de riesgos inciertos, especialmente si se tienen en consideración las múltiples implicaciones psicológicas y sociológicas de la percepción de los riesgos en el mundo contemporáneo; pero también la escasa posibilidad de control (además de la poca transparencia) de las opciones relacionadas con el uso o el consumo de productos o procedimientos “tecnológicamente avanzados” (*gap* cognitivo); y, finalmente, el papel cuanto menos ambiguo de los medios de comunicación frente a dichas tecnologías avanzadas: defensores acérrimos de un desarrollismo ingenuo y —al mismo tiempo— meticulosos vehículos de alarmismos sensacionalistas.

3. La (necesaria) distinción entre prevención y precaución

Pese a que *prevención* y *precaución* resulten a veces términos intercambiables en el uso lingüístico, su estatuto epistemológico es en realidad diverso. Parece oportuno, por lo tanto, mantener la distinción entre los campos semánticos que se pueden asociar respectivamente a ambos vocablos, por lo menos cuando se quiera poner en relieve las diferentes lógicas de las que en cada caso son expresión.

A la más “experimentada” lógica de la *prevención*, teleológicamente orientada a la eliminación o a la reducción de los riesgos nomológicamente conocidos y por lo tanto de efectos susceptibles de ser prevenidos en tanto que previsibles, se yuxtapone la más innovadora lógica de la *precaución* (en el sentido del principio de precaución) hacia riesgos ignotos que, en el estado actual de los conocimientos nomológicos, no pueden ser excluidos racionalmente.

La distinción entre las dos nociones depende de la diferente capacidad predictiva que las sustenta: mientras que en la lógica de la *prevención* la incertidumbre deriva de un limitado conocimiento “fáctico”, la *precaución* (en el sentido del principio de precaución), por el contrario, se caracteriza por una incertidumbre cognitiva derivada de que los datos de naturaleza “nomológica” disponibles en el momento son incompletos.

En otros términos, la *incertidumbre exclusivamente fáctica (ontológica)*, típica de los supuestos inspirados en el más tradicional principio de *prevención*, es la misma que tiene lugar cuando se prohíbe, por ejemplo, *el adelantamiento en curva o en cambio de rasante*: el límite predictivo apreciable *ex ante* solo afecta, en este conjunto de casos, a la presencia o ausencia de vehículos provenientes en sentido opuesto al de la marcha; mientras que no hay dudas acerca de los datos nomológicos (leyes científicas o reglas de experiencia) sobre los cuales se basa la prohibición.

Por el contrario, usando los ejemplos más comunes, las actividades que implican *la utilización de organismos genéticamente modificados* o *la emisión de ondas electromagnéticas* son caracterizados (*ex ante*, pero también *ex post*), en el estado actual del conocimiento, por una *incertidumbre también nomológica* respecto a la existencia de al menos algunos tipos de efectos

8 Nos referimos en particular a las conocidísimas obras de Jonas y Beck.

9 La imagen de la “caza de brujas” es evocada también por DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milán, 2004, p. 121.

colaterales adversos. Con referencia a este segundo grupo de casos, se deduce además que la precaución y las medidas basadas en la misma tienden a tener un carácter “transitorio”, “provisional” y “dinámico” y a ser dependientes de la eventual adquisición de nuevos conocimientos o evidencias científicas concluyentes que confirmen o desmientan la originaria hipótesis de riesgo¹⁰.

El cambio de paradigma epistemológico afecta, por lo tanto, al tipo de incertidumbre predictiva, que tiene naturaleza nomológica (solo) en el contexto del principio de precaución.

4. Principio de precaución y responsabilidad frente a las generaciones futuras

Se esté o no de acuerdo con la afirmación según la cual el principio de precaución constituiría en términos generales el “principal hecho ideológico de este inicio de milenio”¹¹, es indudable el carácter problemático de la que puede considerarse una de las “fórmulas mágicas” de la ciencia jurídica de nuestro tiempo, “gracias a la cual se ha pensado y se piensa calmar la ansiedad producida por los importantes riesgos que nos rodean”¹².

Las reflexiones sobre el principio de precaución —sobre todo, pero no solo, las de naturaleza metajurídica— están vinculadas con otros conceptos (o eslóganes) usados en el discurso crítico sobre la modernidad: “principio de responsabilidad” (Jonas), “sociedad del riesgo” (Beck), “sociedad de la incertidumbre” (Bauman), “principio del *maximin*” (en la versión de Rawls), “análisis coste-beneficio”, “desarrollo sostenible”, “ecología/ecologismo”, “naturaleza ‘natural’ y naturaleza ‘humana’”(o social)” o “responsabilidad frente a las generaciones futuras”.

Limitándose a esta última noción, analizada desde el punto de vista ético sobre todo por Jonas¹³, el vínculo con el principio de precaución es explicable en el sentido

de identificar en el mismo un instrumento de garantía también para la tutela de las generaciones futuras: la gestión (actual) del riesgo incierto debería hacerse cargo también de las posibles víctimas del futuro, en dirección a un horizonte temporal a largo plazo e intergeneracional (*Zukunftsvorsorge*). En esta doble perspectiva cronológica, el principio de precaución se hace funcional a la tutela contra riesgos tecnológicos graves y/o irreversibles tanto en una dimensión sincrónica como diacrónica (o intergeneracional).

El presupuesto crítico de las reflexiones filosóficas sobre la responsabilidad frente a las generaciones futuras es más o menos el siguiente: las actividades humanas, especialmente las económicas, responden a criterios de racionalidad científico-técnica y a la maximización del beneficio a corto o medio plazo, permaneciendo “ciegas” a las consecuencias, incluso a las más catastróficas, conjeturables a largo plazo; el principio de precaución, por lo tanto, se perfila como uno de los posibles correctivos de esta deriva, introduciendo una consideración del riesgo que se proyecta sobre el futuro no inmediato y las consecuencias para la posteridad¹⁴.

Pasando de la ética al Derecho, el discurso se complica. En el contexto de la reflexión jurídica surge el problema de las relaciones entre Derecho y tutela de las generaciones futuras¹⁵. ¿Es posible transformar el Derecho de instrumento de tutela de corto alcance en instrumento de tutela para las generaciones futuras?

La construcción de formas intergeneracionales de tutela jurídica constituye un desafío de indudable capacidad de fascinación intelectual y de formidable complejidad. Una “ecuación compuesta solo por incógnitas”, según un autorizado jurista suizo¹⁶. Las objeciones a la posibilidad de reconstruir formas de responsabilidad intergeneracional son múltiples: “inexistencia” (actual) de las generaciones futuras; indeterminación del concepto; imposibilidad de prever las necesidades e intereses de la posteridad; riesgo de paternalismo ético; etc. Una vez superadas dichas objeciones sobre el “sí” —

10 Sobre el carácter “provisional” de las medidas de gestión del riesgo, véase también el art. 7 del Reglamento (CE) sobre la seguridad alimentaria.

11 Cfr., in senso critico, BRONNER, GÉHIN, *L'inquietant principe de précaution*, Paris, 2010, p. 6 e *passim*.

12 Cfr. FORTI, “Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione”, en *Criminalia*, 2006, pp. 158 y 161 y ss.

13 Cfr., para más referencias, ZORZETTO, “Concetto di rischio e principio di precauzione”, I parte, en *Sintesi dialettica* (http://www.sintesidialettica.it/leggi_articolo.php?AUTH=214&ID=445&RICERCA=zorzetto), p. 7, nota 95.

14 Cfr., de nuevo, ZORZETTO, “Concetto di rischio e principio di precauzione”, I parte, cit., 7.

15 V., p.ej., SALADIN/ZENGER, *Rechte künftiger Generationen*, Basilea, 1988; BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milán, 2008; BIFULCO/D'ALOIA (coord.), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli della responsabilità intergenerazionale*, Nápoles, 2008.

16 Cfr. STRATENWERTH, “Wie wichtig ist Gerechtigkeit?”, en FS A. Kaufmann, Heidelberg, 1993, p. 359.

alegando, por ejemplo, argumentos basados en la idea de Justicia, en la relectura jonasiana del imperativo categórico (en el sentido de la necesaria “protección futura del actuar ético”) o en un cierto pragmatismo heurístico— el problema se convierte en el “cómo” tutelar las generaciones futuras y “de qué”. A este último respecto se pueden identificar algunas amenazas fundamentales: la explotación sin límites del medioambiente; el desarrollo ilimitado de las biotecnologías; la destrucción del patrimonio cultural; etc. Obviamente, más difícil es resolver el enigma del “cómo”: “¿Es todavía compatible un Derecho fundado en la responsabilidad individual con una sociedad altamente tecnológica capaz de perjudicar las condiciones de vida de quien vendrá después de nosotros?”¹⁷.

Por lo tanto, la cuestión no puede ser formulada solo mediante la (evidente) constatación de que el medio (tal y como lo conocemos) es inadecuado para el objetivo, ciertamente crucial, sino además, vista la puesta en juego, cuestionándose si el objetivo no merece el experimento de intentar “adaptar” el instrumento, en los límites de lo posible, a la persecución del objetivo. Podríamos decir, parafraseando una conocida definición del principio de precaución, que el innegable compo-

nente de “ucronía” implícita en las reflexiones sobre la tutela de las generaciones futuras, “no puede constituir un válido pretexto para no hacer nada”¹⁸.

En doctrina, por ejemplo, se propone redefinir conceptualmente el objeto de la tutela: no tanto las indeterminadas “generaciones futuras” como el concepto atemporal de “especie humana” o “humanidad” (presente y futura), como portadora de expectativas fundamentales como la vida sobre el planeta y la dignidad humana en tanto que valores susceptibles de ser “comprometidos”, por ejemplo, por los cambios medioambientales antrópicos o por las manipulaciones genéticas¹⁹. Además, es evidente que no está libre de obstáculos la “factibilidad” del desafío en los distintos ámbitos del discurso jurídico. Por lo tanto, las modalidades de tutela intergeneracional frente a riesgos catastróficos para la vida y la dignidad humana siguen siendo controvertidas. La reflexión en cuestión permanece abierta en el pensamiento jurídico, si bien con resultados diferenciados en los distintos sectores del Derecho²⁰.

Todavía más arduas, obviamente, resultan estas cuestiones —y las vinculadas más en general con el principio de precaución— si el instrumento de tutela se refiere al Derecho penal²¹. Se trata de preguntarse, por

17 En este sentido y para una síntesis muy eficaz sobre el “si” y el “cómo”, POSTIZZI, “La tutela delle generazioni future: prima messa a punto di un problema giuridico complesso”, en *Innovatives Recht. Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich, 2011, pp. 25 y ss., en part. 28-30.

18 Cfr. el principio n.º 15 de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”; y la *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*, cit., epígrafe 6.2.: “La ausencia de pruebas científicas de la existencia de una relación causa-efecto, de una relación cuantificable de dosis/respuesta o de una evaluación cuantitativa de la probabilidad de aparición de efectos adversos tras la exposición no debe utilizarse para justificar la inacción”.

19 También para más referencias, POSTIZZI, *La tutela delle generazioni future*, cit., 29 s.

20 Para un resumen breve, pero útil, volvemos a remitir a POSTIZZI, *La tutela delle generazioni future*, cit., 31 ss., que muestra claramente la variedad de respuestas —en el Derecho internacional, constitucional, privado, procesal, etc.— a la cuestión inicial sobre la posibilidad de tutelar las generaciones futuras. Por ejemplo, parece evidente el mayor margen de maniobra que existe en este sentido en el contexto del Derecho internacional público, al cual compete allanar el camino en dicha dirección, una rama jurídica en la que en los textos de *soft y hard law*, “la idea de humanidad abarca a las generaciones futuras”, a veces incluso de manera expresa; y en la que, además, se da relieve “al desarrollo sostenible y al principio de precaución” en la perspectiva de la conservación de los recursos naturales a largo plazo (equidad intergeneracional). También el Derecho constitucional se muestra al fin y al cabo receptivo respecto a la perspectiva intergeneracional: a partir de la descripción de la Constitución (siguiendo a HÄBERLE, “Ein Verfassung für künftige Generationen - Die ‘andere’ Form des Gesellschaftsvertrages: der Generationenvertrag”, en *FS Hans F. Zacher*, Heidelberg, 1998, pp. 215 y ss.) como “*pacto intergeneracional*”, y recordando (mediante referencia a SALADIN/ZENGER, *Rechte künftiger Generationen*, cit., p. 63) que los “derechos fundamentales son *zeitunspezifisch*”.

21 Sobre el problema de la tutela de las generaciones futuras mediante el Derecho penal, no se puede prescindir de los análisis realizados por STRATENWERTH, “Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993, pp. 679 y ss.: en particular, siguen siendo impactantes y expresivas las demandas de que la cuestión interese también a la ciencia penal: *ibidem*, p. 679 (“auch unsere Wissenschaft muß sich die Frage stellen, ob und auf welchem Wege sie etwa zum Fortbestand sinnvollen Lebens auf dieser Erde (...) könnte”); *ibidem*, p. 696 (“um was es heute geht, ist nicht der Versuch die Vergangenheit zu konservieren, sondern der Zerstörung der Grundlagen künftigen Lebens auf dieser Erde abzuwenden. Ich möchte nicht Vertreter einer Wissenschaft sein, die sich dieser Aufgabe sehenden Auges versagt [de lo que se trata hoy no es de intentar conservar el pasado, sino de evitar la destrucción de las bases de una vida futura sobre este planeta. No quisiera ser el representante de una ciencia que se sustrae conscientemente de

no hablar del resto, en qué medida puede contribuir el Derecho penal “clásico” —fundado, en una dimensión retrospectiva, sobre la responsabilidad individual por ofensas a bienes jurídicos individuales y colectivos—, con la vista puesta lejos, a garantizar los derechos de las generaciones futuras²². Y, por lo tanto, por ejemplo: si sigue siendo válida en dicho contexto la teoría del “bien jurídico”, entendida quizá en un sentido “universal” y “diacrónico”; cuáles pueden ser los modelos de delito (por ejemplo, de mera conducta y de riesgo); cuáles las clases de sanciones; etc.

Como es sabido, en sus reflexiones sobre el tema, Stratenwerth, habiendo considerado que el Derecho penal clásico no es un medio adecuado para la salvaguardia del futuro, propone una marcada anticipación de la tutela hasta situaciones meramente prodrómicas respecto a un riesgo catastrófico para las condiciones de vida sobre el planeta: un Derecho penal “del comportamiento”, fundado sobre la previsión de “delitos relacionados con el futuro” (*zukunftsbezogene Delikte*), que carecen de vinculación con el concepto de bien jurídico, colocándose más allá de los delitos de peligro abstracto, y que se inspiran en una lógica de precaución (sobre el modelo de los valores límite en el Derecho penal medioambiental)²³.

Como ya se ha adelantado, se trata de problemas de formidable alcance. Quizá es ilusorio pensar en llegar a soluciones satisfactorias. No se equivocará quien se limite a recordar que las “torsiones” en términos de principios de garantía a las cuales se sometería al instrumento no estarían no se justificarían en ningún caso, aunque solo sea porque el Derecho penal se muestra inadecuado incluso para desarrollar tareas menos difíciles y más actuales.

Sin embargo, no se puede eludir la apelación de una parte de la doctrina a evitar una actitud de rechazo *a priori* como tarea ética de la ciencia penal del tercer

milenio (o, mejor dicho, para no correr el riesgo de perder más tiempo, del siglo XXI)²⁴. Por lo demás, se puede observar que, desde el punto de vista de tutela a corto plazo (las víctimas de hoy), la legitimación de delitos “de precaución” de mera conducta que castiguen a los potenciales productores de riesgos puede fundamentarse en distintas ocasiones en el usual argumento ideológico y ético —de carácter precautorio— del “*cuando están en juego la vida y la salud*”²⁵, siempre que se esté en presencia de amenazas razonablemente conjeturables respecto a dichos bienes primarios (sobre la base, es decir, de un análisis científico objetivo y particularizado, aunque todavía incompleto, sobre la plausibilidad de riesgos potenciales)²⁶. Para este argumento “proactivo” puede encontrarse una legitimación de fondo aun más relacionada con riesgos catastróficos que atañen la posibilidad misma de conservación de la vida sobre la tierra para las generaciones venideras.

Las verdaderas dificultades no tienen tanto que ver con la legitimación en abstracto de los instrumentos de tutela penal de carácter diacrónico e intergeneracional, sino con identificar formas que sigan siendo legítimas y que dichos instrumentos puedan y deban asumir.

II. LAS DIFÍCILES RELACIONES ENTRE PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y DERECHO PENAL

1. La irrupción del principio de precaución en el Derecho penal: ¿hacia una “dogmática del riesgo incierto”?

Volviendo a la dimensión predominantemente sincrónica, es necesario dar cuenta de las consecuencias de la irrupción del principio de precaución en el Derecho penal. El presente “deslizamiento epistemológico” —de la *prevención a la precaución*— produce efectos en diferentes planos situados más allá de las decisiones

esta tarea]). En el debate italiano, con notable amplitud y profundidad, véase STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Milán, 2003, pp. 110 y ss. y 515 y ss.

22 Más en general, sobre el anacronismo del “buen y viejo Derecho penal liberal” frente a fenómenos de la modernidad postindustrial, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999. Para un análisis de la distinción entre “clásico” y “moderno” en Derecho penal, DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 97 ss.

23 Cfr. STRATENWERTH, *Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, cit., p. 679 y ss. Sobre el “Derecho penal del comportamiento”, véase la precisa reconstrucción crítica de STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 515 ss. (también para las necesarias referencias a la literatura alemana contraria al llamado Derecho penal del comportamiento). Sobre los valores límite, v., en Italia, D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milán, 2012, *passim*.

24 En particular, del mismo STRATENWERTH (*Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, cit., pp. 679, 696).

25 Más difícil de sostener es este argumento, sin embargo, en la dimensión *ex post* de las técnicas de imputación de un resultado, pese a que es utilizado a menudo al analizar el problema de la causalidad omisiva o de la evitabilidad del resultado en la jurisprudencia en materia de homicidio imprudente o de lesiones por imprudencia en el ámbito de la responsabilidad profesional del médico o del empleador.

26 Sobre el necesario e intrínseco *carácter científico* del principio de precaución y de la evaluación del riesgo (también del incierto) sobre la que éste se basa, v. *supra*, epígrafe 1.1.

políticas o administrativas, a las cuales se preferiría relegar en exclusiva el impacto del principio en cuestión de acuerdo con una extendida creencia.

La heterogeneidad en el plano epistemológico (y teleológico) entre prevención y precaución repercute obviamente en el “mundo de las normas”, involucrando también al Derecho penal. Este último no se muestra en absoluto inmune al contacto con la lógica de la precaución, ni en el plano positivo ni el en aplicativo²⁷.

En este sentido, el principio de precaución está destinado a afrontar problemáticas peculiares siempre que interaccione con el Derecho penal o, más en general, con el Derecho sancionador. A su indeterminación de fondo y a su “falta de coherencia” con algunas categorías del Derecho penal clásico se suman preocupaciones relativas a sus posibles efectos y, por lo tanto, en definitiva, a su escasa compatibilidad con los principios garantistas que delimitan el poder punitivo del Estado. Desde este punto de vista, las razones de la actitud, generalmente muy crítica sobre el tema, (también) en el contexto de la doctrina penal, parecen depender sustancialmente de la tendencia del principio en cuestión a extender y hacer indeterminada el área de incidencia de las sanciones penales, desvinculándose desde el principio de los principios de subsidiariedad o *extrema ratio*, legalidad, razonabilidad, ofensividad y culpabilidad.

En los diversos y multiformes sectores de la “seguridad” (medioambiente, salud pública, biotecnología, trabajo, sustancias agroalimentarias, productos en general, etc.) *el principio de precaución se presta a desarrollar el papel de potencial factor de expansión del Derecho penal*²⁸. Dicha tendencia constituye el efecto de la incidencia del principio sobre las categorías dogmáticas y de su escasa compatibilidad y coherencia (lógica y epistemológica) con las mismas, las cuales siguen influenciadas por el tradicional canon de la prevención.

En verdad, se pueden derivar consecuencias significativas para el ADN de categorías dogmáticas fundamentales en el discurso penal, como las de riesgo, peligro, causalidad e imprudencia. Este tipo de posibles mutaciones genéticas terminan afectando a la propia noción de *riesgo ilícito* —entendido como partícula elemental selectiva del hecho típico objetivo—, dando inicio en definitiva a una *dogmática del riesgo (nomológicamente) incierto*.

Si es verdad que “el ilícito comienza cuando [se] activa un riesgo ilícito”²⁹, cuando en esta noción se incluyan (por parte del legislador, al remitir a parámetros de precaución, o bien del intérprete, por vía exegética) también las situaciones de incertidumbre nomológica, del modelo “clásico” de tipicidad objetiva permanecerá solo la estructura formal, habiendo cambiado en aspectos característicos su contenido sustancial.

En los sectores normativos en los que se reduzca del nivel del riesgo considerado “aceptable” de acuerdo con el principio de precaución, este último inspirará las reglas cautelares pertinentes, que funcionarán frecuentemente, en la forma de regulaciones o procedimientos, como *reglas “provisionales”* en espera de confirmaciones suficientes para fundamentar científicamente las sospechas generados por determinadas actividades, sustancias o productos.

Estas *reglas, regulaciones o procedimientos de precaución* serán probablemente formalizadas o llevadas, mediante remisión (incluso solo implícita), a *preceptos* —previstos de sanciones— estructurados como delitos de *mera conducta* que viola dichas reglas, regulaciones o procedimientos; o bien, de manera todavía más problemática, como delito de *resultado de lesión o de peligro*, implicando así cuestiones muy delicadas respecto a los criterios objetivos y subjetivos de imputación del resultado ofensivo.

En el plano del desvalor de resultado es posible conjeturar un desbordamiento del principio de precaución que

27 Sobre las diversas morfologías de la “irrupción” del principio de precaución en el Derecho penal, cfr. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale, passim*, también para la (doble) “evaluación de impacto” del mismo sobre la legislación y sobre la jurisprudencia italiana (en particular, capítulo III y ss.).

28 En general, sobre los fenómenos de expansión e hipertrofia del Derecho penal contemporáneo, v. p.ej. PALIERO, *“Minima non curat praetor”. Ipertrafia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padua, 1985, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., *passim*. En particular, sobre los mecanismos productivos del Derecho comunitario con efectos expansivos sobre el Derecho penal, se remite, por último, en Italia, a SOTIS, C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milán, 2007, pp. 42 y ss.; en referencia al principio de precaución, *ibidem*, pp. 207 y ss. y 310 y ss.

29 Sobre la noción de riesgo ilícito, como categoría que identifica un componente general (y común a las realizaciones dolosas y imprudentes) de la tipicidad objetiva, cfr. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Turín, 2006, p. 44 y ss.; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, en “Enc. Dir.”, Annali III, Giuffrè, Milán, 2010, p. 635 y ss. Más en general, sobre el arquetipo del riesgo consentido y sobre su controvertida colocación sistemática, véanse los avances de PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milán, 2010, 6 ss.

alcance a los delitos imprudentes con *resultado lesivo* (homicidio o lesiones) o *de peligro* (desastre), siempre que se considere posible reconstruir en el plano interpretativo los respectivos delitos sobre la base de la violación de normas formalizadas “de precaución” (imprudencia “específica”) o, incluso, de una violación “genérica” basada en la omisión de precaución³⁰. Y hay más. Como se verá, es posible toparse, en la legislación en materia de OGM, con extraños ejemplos de delitos de *resultado de peligro concreto* para la salud pública o el medioambiente, basados directamente en el principio de precaución³¹.

Limitándonos a observar los supuestos de mera conducta, las normas basadas en la lógica de la precaución (y no solo en la de la prevención) consistirán en preceptos de *estructura variable* a cuya violación corresponderá como mucho un modelo de delito que, pese a su indudable “modernidad” en el plano del contenido, no es del todo inaudito, dado que, en definitiva, es similar al de la *mera desobediencia* más que al del peligro abstracto o presunto, el cual no deja de ser el fruto de una lógica preventiva en sentido estricto.

El hecho de que los tipos penales dirigidos a la precaución respeten las características de un modelo de delito ya conocido, el de *mera desobediencia*, no significa que se deba desconocer, sin embargo, la carga innovadora de dichas normas en el plano estructural³².

Hemos mencionado anteriormente los “preceptos con estructura variable” en el sentido de que podrán ser formalizados no solo según la alternativa “seca” entre normas de *prohibición* y normas de *obligación*, sino también de acuerdo con otras subarticulaciones, a veces de naturaleza mixta, que implican una disciplina peculiar del *riesgo incierto, pero consentido, solo en ciertas condiciones normativas y procedimentales*:

respecto a valores límite, procedimientos de autorización, o mecanismos de imposición de ciertas medidas por la autoridad encargada de la inspección [*meccanismi ingiunzionali*], o de normas estructuradas en forma de obligaciones de hacer (por ejemplo, obligaciones de comunicar el riesgo o retirar los productos).

En relación con estos modelos se podría también hacer referencia a técnicas de incriminación (o, más en general, de estructuración de hechos ilícitos) imbuidas en el paradigma de la “tutela de funciones”³³, al menos en los supuestos en los que están involucrados los poderes administrativos (mediante procedimientos de control o de imposición de ciertas medidas [*ingiunzionali*]) en evaluaciones (del posible riesgo de ciertas actividades) dejadas “abiertas” por el legislador de forma programada. En todo caso, como tendremos ocasión de decir, se trata de opciones normativas que, cuando están basadas en el principio de precaución, no parece que en ningún caso puedan ser reconducidas a la usual técnica normativa del *peligro abstracto o presunto*, cuya estructura teleológica no deja de referirse a la disponibilidad de leyes científicas o reglas de experiencia “corroboradas”.

2. Límites de coherencia entre el principio de precaución y las categorías dogmáticas clásicas

Como ya se ha expuesto, el principio de precaución se muestra capaz de extender su influencia también hacia las categorías más tradicionales del Derecho penal, como la *causalidad*, la *imprudencia* y el *peligro concreto*, a pesar de que la doctrina ampliamente mayoritaria considere que éstas sean irreductibles a la lógica de la precaución³⁴. Si la precaución está caracterizada

30 Para un examen crítico de la jurisprudencia que, mediante el uso de una lógica de la precaución, termina por extender el criterio subjetivo de imputación, permítase remitir a CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 132 y ss.

31 *Infra*, epígrafe 3.1 y ss.

32 Gracias al requisito del *carácter científico* de la incertidumbre sobre la suposición de riesgo (sobre el que se insiste *supra*, en el epígrafe 1.1) se puede trazar la diferencia entre un tipo penal inspirado en la precaución (por violación de procedimientos de autorización o por la superación de valores límite) y los delitos de mera desobediencia “de todas la vida”: piénsese, p.ej., en el delito de “exposición de banderas extranjeras” sin la autorización de las autoridades locales (arts. 1 y 3 de la Ley de 24 de junio de 1929, n.º 1085, que regula la exposición de banderas extranjeras), en cuyo contexto parece ilusoria la posibilidad de identificar elementos selectivos del tipo en el momento de la autorización, al no existir criterios ni explícitos ni implícitos (como, al contrario, los relativos al carácter científico de la incertidumbre sobre el riesgo temido) sobre los que basar la disposición de la Autoridad pública, que permanece por lo tanto totalmente arbitraria. Este delito, usado como ejemplo, fue acertadamente declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en su sentencia n.º 189/1987.

33 Para un análisis más detenido y referencias, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Turín, 2005, p. 95 y ss.

34 La doctrina italiana mayoritaria, salvo excepciones, defiende la incompatibilidad del principio de precaución con “los criterios *retrospectivos* propios de la responsabilidad penal” debido a la ausencia de un “nivel suficiente de certeza de los peligros” (en estos términos, FORTI, “Accesso” *alle informazioni sul rischio e responsabilità*, cit., p. 192 y ss.). Mayor información (y algunas distinciones como resultado del examen sobre el uso del principio de precaución en la jurisprudencia) en CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., *passim* (in part. pp. 132-146, 147 y ss., 157 y ss.).

por una insuficiente grado de certeza del riesgo (el cual puede ser solo razonablemente supuesto) y si la misma “sufre” por definición un más o menos amplio “*déficit predictivo*”, al no disponer en el momento en cuestión de datos cognitivos exhaustivos sobre los posibles “efectos colaterales” de una conducta, entonces debe deducirse que ninguna de las categorías mencionados es coherente con dichos paradigmas (de la incertidumbre).

Así pues, el **peligro concreto** es ajeno al principio de precaución porque el juicio de peligro requiere determinar en términos de efectividad la situación de riesgo, entendido, según las variaciones estructurales de los tipos penales, como mero atributo o presupuesto de la conducta o, incluso, como resultado de la misma.

Este carácter ajeno puede ser atribuido con mayor razón a la **causalidad**, puesto que la lógica puramente retrospectiva de la responsabilidad por delitos orientados a la causalidad (con resultado de lesión o solo de peligro) postula la identificación de las “condiciones necesarias” y su valoración según estándares de probabilidad rayanos con la certeza (certeza nomológica *ex post*)³⁵.

También la **imprudencia** debería mostrarse “incoherente” con el principio de precaución, debido a que, de acuerdo con la noción más “ortodoxa”, dicho criterio de imputación subjetiva requiere, en primer lugar, la violación de reglas de cuidado con un fundamento nomológico y orientadas a la prevención de resultados previsibles (y no solo conjeturables) *ex ante*: sobre la

base, por lo tanto, del patrimonio cognitivo disponible (para el “agente modelo” [*Maßfigur*] de referencia o al menos para el “agente concreto” que por cualquier motivo goza de conocimientos superiores) en el momento de la conducta, respecto a la cual no es posible determinar de manera retroactiva si fue contraria a los deberes de conducta³⁶.

Sin embargo, como ha sido observado en otra sede mediante el estudio de casos tratados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación italiana, tampoco las categorías “clásicas” en cuestión parecen inmunes a modelos exegéticos marcados por la lógica de la precaución³⁷. En estos casos, el problema es aceptar o no la separación conceptual respecto a la noción “clásica” (o “más ortodoxa”) de peligro, causalidad o imprudencia que deriva de dichas lecturas exegéticas “abiertas” al ingreso de elementos de precaución.

3. La dificultad de identificar principio de precaución con peligro abstracto: los “ilícitos de precaución” entre mera desobediencia y violaciones de procedimientos o preceptos administrativos o de valores-límites

Finalmente, no parece posible llegar a conclusiones distintas ni siquiera respecto a los delitos de peligro abstracto o presunto. El acoplamiento estructural entre principio de precaución y *peligro presunto o abstracto*, sugerido con problemas por la doctrina³⁸, no deja de ser una solución más aparente que real.

35 Literatura vastísima, en Italia, en los últimos tiempos (especialmente tras la sentencia de la Corte de Casación, reunida en Secciones Unidas, 10 julio 2002, Franzese, in *Foro italiano*, 2002, II, p. 601 y ss.): por todos, con observaciones sobre el principio de precaución, VALLINI, “La causalità nel danno da prodotto alimentare. L'effetto ‘vasi comunicanti’ tra illeciti di rischio, di pericolo, di danno”, en FOFFANI/DOVAL PAIS/CASTRONUOVO (dir.), *La sicurezza alimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, Giuffrè, Milán, en prensa.

36 Apunta en esta dirección la doctrina italiana e internacional dominante, salvo excepciones más o menos conocidas. En el contexto de la literatura italiana, p.ej., se pueden encontrar aberturas significativas en referencia a la responsabilidad por imprudencia (también “genérica”) en RUGA RIVA, “Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica”, en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milán, 2006, pp. 1743 y ss., en particular 1754 ss. PULITANÒ, “Colpa ed evoluzione del sapere scientifico”, en *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 651 y ss., admite la posibilidad residual de la mera imprudencia “específica” en relación con resultados causados por una conducta con la que se violan normas inspiradas en el principio de precaución y que es cometida en un momento en el que los conocimientos nomológicos sobre el riesgo eran todavía inciertos. En la literatura francesa, véase ROETS, “Réflexion sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence”, en *Rev. science crim. droit pén. comp.*, 2007, p. 251 y ss.: el autor es favorable al recurso al Derecho penal con ciertas condiciones (relacionadas con que el riesgo sea grave, plausible y se pueda difundir), en caso de exposición consciente a un riesgo incluso solo hipotético, tanto en presencia como en ausencia de un resultado ofensivo para el bien de la vida o la integridad física: utilizando directamente, en caso de resultado lesivo, las figuras de la *faute délibérée* y de la *faute caractérisée* previstas, junto a la *faute simple*, en el Código penal francés; proponiendo además una reforma del art. 223-1 del *code pénal*, que prevé el *délit de mise en danger de la personne d'autrui*, con el fin de extender su aplicabilidad también a los casos de riesgo hipotético.

37 Permitaseme remitir de nuevo, en aras de la brevedad, a CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., parte II.

38 Cfr., por ej., PULITANÒ, *Diritto penale*, 4ª ed., Turín, 2011, p. 219 y s.; ID., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 652 (el cual precisa, sin embargo, tratarse de un “peligro” en un sentido totalmente hipotético”, cuyo temor se basa en un saber no corroborado; un peligro, además, que representaría el “límite extremo” de legitimación de los preceptos penales); GIUNTA, “Principio di precauzione”, en ID. (coord.), *Dizionario di Diritto penale*, Il Sole 24Ore, Milán, 2008, p. 914 y s.; FORTI, “Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità,

Si bien es cierto que los delitos de peligro presunto o abstracto no presentan un modelo de delito menos “clásico”, sino más bien tan decididamente “moderno” como el principio de precaución, ello no es suficiente para considerar que existe una verdadera coherencia entre ambas nociones. De hecho, también los delitos de peligro presunto o abstracto conservan una *base etiológica que, si bien es potencial, no deja de estar fundada nomológicamente* (es decir, fundada en reglas de experiencia, en el *id quod preumque accidit*, etc.)³⁹; lo cual no ocurre necesariamente en el caso del principio de precaución, el cual presenta una base epistemológica “vuelta del revés”⁴⁰: se sanciona un comportamiento al que, en el estado actual de conocimientos, no se le considera inocuo, sino que se le presume peligroso o no seguro.

Por estas razones, como ya hemos mencionado, los delitos impregnados por la lógica de la precaución se aproximan, más bien, al modelo (antiguo) de la *mera desobediencia*, o bien al modelo (que a menudo se puede sobreponer parcialmente al primero, aunque sea más moderno) de la *violación de procedimientos o preceptos administrativos o de valores límite*, modelos que están teóricamente vinculados a los paradigmas de la

“tutela de funciones” de agencias públicas: nos estamos refiriendo a los tipos basados, por ejemplo, en la existencia de autorización, en técnicas de imposición de ciertas medidas ante incumplimientos [*tecniche ingiunzionali*] o en la fijación de límites de tolerancia⁴¹.

En definitiva, reconducir los delitos basados en el principio de precaución al modelo del peligro abstracto-presunto parece posible solo si se entiende dicho modelo de manera bastante distinta a como se ha venido entendiendo “tradicionalmente”, es decir, segundo la noción tradicional, un modelo de delito que no deja de tener una *base etiológica potencial* por estar basada en leyes científicas o reglas de experiencia (en el sentido de un saber corroborado), aunque al delito de tutela anticipada le sea por definición ajena la realización o concreción del riesgo en un resultado lesivo o peligroso.

Un delito de mera conducta basado en una previsión del riesgo solo conjeturable —sobre la base de los conocimientos científicos disponibles acerca de los posibles efectos colaterales de una cierta actividad— comporta ciertamente “una anticipación de la tutela penal aun mayor” respecto a la que tradicionalmente se le asigna al delito de peligro presunto⁴². Sin embargo,

cit., p. 204 y ss. (que sin embargo condiciona la legitimidad del recurso a delitos de peligro abstracto basados en el principio de precaución a una dosis precisa de las variables consideradas); posibilista también PONGILUPPI, “Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto “a distanza” tra disvalore d’azione e disvalore d’evento”, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, p. 252 y ss. En los manuales, cfr., además MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milán, 2001, p. 567.

39 De manera análoga, sobre la heterogeneidad entre delitos de peligro y situaciones de incertidumbre (que pueden ser relacionadas con el principio de precaución al menos de manera implícita), cfr. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., pp. 264 y ss., 292 y ss., 496 y ss., 504 y ss., 519 y ss.; DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 119 y ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 296 y s.; CONSORTE, “L’intervento penale nel settore degli organismi geneticamente modificati (OGM)”, en CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, dir., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, IV, *I delitti contro l’incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino, 2010, p. 490 (nota 65). Más articulada parece la posición de CORBETTA, “Sicurezza alimentare e ‘rischio da ignoto tecnologico’”, en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, III, p. 2257 y ss.: el autor, aunque contrario a una tutela anticipada *directa* basada en la precaución (p. 2262 y ss.), considera acertada, en referencia específica a la regulación sancionadora en materia de OGM, que el legislador se decida por faltas de peligro abstracto que tutela solo *de forma mediata*, a través de la protección del procedimiento de autorización, e bien salud (p. 2291 y ss., en part. pp. 2291, 2294 y s., 2301).

40 Cfr. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 120 y s.

41 En general, profundiza en los delitos basados en la *concesión de autorización* MANTOVANI, *L’esercizio di un’attività non autorizzata*, Turín, 2003. La referencia (desde un punto de vista *de lege ferenda*) al *modelo de tutela basado en la imposición de ciertas medidas ante incumplimientos de la normativa [modello ingiunzionale]* también en los ámbitos de pertinencia del principio de precaución, en dirección a una responsabilidad principalmente a cargo de los *entes colectivos*, está ampliamente presente en los análisis de la literatura penal italiana: cfr., p.ej.: GIUNTA, voce *Principio di precauzione*, cit., p. 914 y s.; FORTI, “Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità”, cit., pp. 211-225; en la misma dirección, proponiendo el mismo modelo como alternativa “moderna” de la normativa en blanco, PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari*, cit., pp. 252 y ss., 256 y ss. Sobre el *modello ingiunzionale* como paradigma de la “tutela de funciones” y sus problemas en términos de legalidad formal que el mismo puede crear, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 95 y ss., en part. p. 110 y s. Sobre las estrechas relaciones entre técnica normativa basada en *valores límite* y principio de precaución, cfr., p. ej., el análisis crítico de STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 555 y ss.; y de D’ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, en *Scritti per Federico Stella*, II, Jovene, Napoli, 2007, pp. 1133 y ss., en part. 1151-1168, 1180-1221; ID., *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., *passim*.

42 En este sentido, por ejemplo, MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub soli?*, en “www.penalcontemporaneo.it”, 2011, p. 5.

esta mayor anticipación es apreciable *en el plano cualitativo*: en estos casos, el *déficit* predictivo no atañe a elementos de hecho, sino que se debe a la ausencia de una ley de cobertura.

Si bien tampoco los riesgos temidos sobre la base de una seria suposición, pero en ausencia de certezas científicas, se libran del dominio del “dogma causal” (ya que no es posible evitar seguir razonando en términos de hipotéticas relaciones causa-efecto entre conductas de las que se tienen indicios y sus supuestas consecuencias), los delitos contruidos para evitar ese tipo de riesgos por “desconocimiento tecnológico” se distinguen del modelo tradicional del peligro abstracto-presunto precisamente porque en dichos casos no se dispone de una base cognitiva nomológico-empírica dotada de confirmaciones suficientes. Por lo tanto, dichos delitos (contruidos de caso en caso como inobservancias respecto a prohibiciones, o a obligaciones de autorización o de comunicación de información, o como violaciones de procedimientos, de medidas impuestas [*prescrizioni ingiunzionali*], de normas técnicas o de límites de tolerancia, etc.) serían expresión, por definición, de una *causalidad (potencial) sin leyes científicas ni reglas de experiencia*.

En definitiva, respecto a un riesgo nomológicamente (todavía) incierto, no se puede asegurar la existencia de una relación causal, sino como mucho solo formular una hipótesis sobre la misma: ni siquiera en términos de potencial (y supuesto) peligro de efectos adversos.

Los trazos del principio de precaución que acabamos de bosquejar lo convierten en uno de los “protagonistas” del proceso, denunciado desde hace tiempo, de *flexibilización* de los principios y de las categorías clásicas del Derecho penal frente a las exigencias de tutela generadas por las inauditas dimensiones y morfología de los riesgos contemporáneos. Y se entrelazan, por ello, con las discusiones surgidas en torno al potencial *efecto expansivo* de dicho principio sobre la materia penal: este último aspecto —en tanto que se presta a contener al primero— termina por representar el aspecto crítico más relevante de los que se refieren

al uso de la lógica de la precaución como criterio para imponer obligaciones o prohibiciones dotadas de sanción punitiva.

III. INTRODUCCIÓN A LA REGULACIÓN SAN-CIONATORIA EN MATERIA DE OGM EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

1. Los OGM como paradigma del riesgo incierto

Sean las que fueren las conclusiones adoptadas en la discusión dogmática sobre los límites de coherencia entre el principio de precaución y las categorías de la imputación penal, ello no cambia el hecho de que dicho principio inspira ya a varias disciplinas de Derecho positivo objeto de tutela penal y que, además, penetra de manera sigilosa en las motivaciones de los tribunales penales.

La regulación de los OGM es probablemente la más emblemática de entre las disciplinas inspiradas por el principio de precaución. Parece oportuno, por lo tanto, desarrollar como conclusión de estas reflexiones algunas consideraciones finales a la luz de la disciplina italiana en materia de OGM.

Las discusiones surgidas en torno a las aplicaciones de la ingeniería genética, especialmente respecto a *organismos* y *microorganismos genéticamente modificados* (respectivamente OGM y MOGM), se desarrollan en un delicado equilibrio entre la promesa de formidables oportunidades y beneficios en el plano agroalimentario a escala mundial (*food security*) y la inquietante evocación de riesgos irreversibles a medio y largo plazo para la salud humana (*food safety*) y para el ambiente, todo ello en un contexto caracterizado por la incertidumbre y frecuentemente “contaminado” tanto de prejuicios ideológicos como de enormes intereses económicos. Los OGM representan en la actualidad un “*caso paradigmático de riesgo por “desconocimiento biotecnológico”*”⁴³, hasta tal punto que, en lo concerniente a la regulación de su empleo, constituyen quizá el sector sancionador más influenciado por la lógica de la precaución⁴⁴. Considerada la ausencia de certezas sobre efectos nocivos

43 Cfr. CORBETTA, *Sicurezza alimentare e “rischio da ignoto tecnologico”*, cit., p. 2266 y ss.

44 Para una visión de conjunto de la regulación italiana: CONSORTE, “OGM: tutela del consumatore e profili penali”, en *Indice penale*, 2004, pp. 551 y ss.; EAD., *L'intervento penale nel settore degli organismi geneticamente modificati (OGM)*, cit., p. 490 y ss.; CORBETTA, *Sicurezza alimentare e “rischio da ignoto tecnologico”*, cit., 2257 y ss.; D'ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti-soglia*, cit., p. 1168 y ss.; Gius. PIGHI, *La legislazione sugli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione*, en DONINI, CASTRONUOVO, cur., *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza del prodotto*, Padova, 2007, p. 53 y ss.; PERINI, *Organismi geneticamente modificati*, en Palazzo, Paliero (dir.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2ª ed., Padova, 2007, 249 y ss.; CORN, *Principio di precauzione e diritto penale? Il principio di precauzione nella disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica*, en CASONATI, PICIOCCHI, VERONESI (coord.), *Forum Biodiritto 2008: percorsi*

de tipo tóxico o alergénicos, la disciplina en materia de OGM no está fundada en prohibiciones absolutas, sino en un complejo procedimiento articulado a nivel estatal y/o comunitario según los casos.

2. Algunas observaciones sobre la estructura de la regulación italiana

El “microsistema normativo” en cuestión se articula en el ordenamiento italiano alrededor de tres disposiciones principales, las cuales implementan la normativa europea haciendo referencia a las distintas actividades que tienen por objeto dichos organismos o microorganismos:

- la *utilización confinada de MOGM* está regulada por el Decreto legislativo N.º 206/2001, que implementa la Directiva 98/81/CE, la cual modifica la precedente Directiva 90/219/CEE⁴⁵;
- la *liberación intencional en el medioambiente y comercialización de OGM* están reguladas por el Decreto legislativo N.º 224/2003, que implementa la Directiva 2001/18/CE;
- finalmente, el Decreto legislativo N.º 70/2005 contiene la disciplina sancionatoria por las violaciones del Reglamento (CE) N.º 1829/2003, sobre *alimentos y piensos genéticamente modificados* y al Reglamento (CE) N.º 1830/2003 relativo a la *trazabilidad y etiquetado de los OGM*⁴⁶;

Es característica común de estas tres disposiciones la previsión de una evaluación y gestión del riesgo notablemente “procedimentalizada”, en la cual destaca el importante papel atribuido a la autorización administrativa; característica esta que, estando prevista directa-

mente en las directivas y reglamentos supranacionales, ha sido recibida también en las normas de transposición de los Estados miembros.

No obstante, en estas normas de transposición tampoco faltan tampoco características “originales”. Si bien los delitos de mera conducta basados en dichos procedimientos son la manifestación “usual” del enfoque precautorio⁴⁷, los supuestos contruidos por el contrario sobre un *resultado de peligro concreto para la salud o el medioambiente* (entendido, como creemos preferible, como resultado de una conducta que no observa las obligaciones procedimentales e informativas⁴⁸) o sobre un *resultado de daño medioambiental* (como presupuesto de la conducta) no parecen encuadrarse bien en dicha lógica. No estamos refiriendo a los tipos de delito previstos por el art. 22 del Decreto legislativo n.º 2006/2001, el 36 del Decreto legislativo n.º 224/2003 y el art. 8 del Decreto legislativo n.º 70/2005. Tómese como ejemplo el art. 36, apdo. 1, del segundo de los Decretos, sobre la emisión deliberada en el medioambiente de OGM, que contiene un delito de resultado análogo al de los otros dos:

“Art. 36. *Sanciones por daños provocados a la salud humana y al medioambiente, saneamiento y reparación medioambiental y resarcimiento del daño medioambiental.*
1. Sin perjuicio de lo previsto por los artículos 34 y 35 y siempre que el hecho no constituyere un delito más grave, el que, efectuando una emisión deliberada de un OGM en el medioambiente o introduciendo en el mercado un OGM, causare peligro para la salud pública o bien peligro de degradación relevante y persistente de los recursos naturales bióticos o abióticos, será castigado con el arresto de hasta tres años o con la multa de hasta 51.700 €. (...)”⁴⁹.

a confronto. *Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Padova, 2009, pp. 431 y ss.; además de los trabajos sobre esta cuestión contenidos en FOFFANI, DOVAL PAIS, CASTRONUOVO (dir.), *La sicurezza alimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, cit.

45 La disciplina en cuestión ha sido “refundida” posteriormente en la Directiva 2009/41/CE.

46 En realidad el marco normativo interno (y europeo) es más complejo. Por dar un ejemplo, para los cultivos de semillas genéticamente modificadas existe una normativa ulterior y más específica, también con relevancia penal: el D.leg. N.º 212 de 2001 de transposición de las Directivas 98/95/CE y 98/96/CE relativas a la comercialización de productos sementeros, al Catálogo común de las variedades de las especies de plantas agrícolas y a sus relativos controles. Para algunas recientes aplicaciones en la jurisprudencia penal del delito de cultivo no autorizado de maíz genéticamente modificado (art. 1, apdo. 5, D.leg. n.º 212/2001), debemos remitir de nuevo a CASTRONUOVO, op. cit., 97 y ss.

47 Señala de todos modos algunas incongruencias en el conjunto de la disciplina basada en la autorización CONSORTE, *L'intervento penale nel settore degli organismi geneticamente modificati*, cit., p. 494 y ss. Considera que la regulación nacional en materia de OGM es compatible con el principio constitucional de ofensividad si se lee a la luz de las normas comunitarias que establecen los criterios relativos a la posición del principio de precaución, SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 207-212.

48 Esta asunción interpretativa no es pacífica. Cfr., p.ej., GIANPIETRO, “Il decreto legislativo n. 91/1993 sugli organismi geneticamente modificati: la nuova frontiera della tutela ambientale”, en *Cass. pen.*, 1993, 2706 y s., que, respecto al anteriormente vigente art. 23 D.leg. n.º 91/1993 (análogo al art. 36 del D.leg. n.º 224/2003), considera que la responsabilidad por la causación del resultado de peligro concreto prescinde de la violación de las normas que establecen delitos de mera conducta en materia de OGM.

49 Refiriéndose específicamente a los alimentos y piensos genéticamente modificados, el art. 8, parr. 2, del D.leg. n.º 70/2005 remite de forma expresa al art. 36 del D.leg. n.º 224/2003: “*Fatte salve le disposizioni previste negli articoli 2, 3, 5 e 6, le disposizioni*

Limitándonos al resultado de peligro para la salud pública, se puede observar que estos delitos, en tanto que basados en el nexo de *causalidad*, son por definición inaplicables de acuerdo con los actuales conocimientos. Constituyen, por decirlo de alguna manera, formas de “delito (*también abstractamente*) imposible” debido a la ausencia o insuficiencia del *explanans*, es decir, de las premisas cognitivas o nomológico-empíricas pertinentes⁵⁰. Estos supuestos —estructurados sobre la base de un resultado (de peligro)— son expresión, por lo tanto, de un Derecho penal “del futuro”, cuya aplicabilidad es cuanto menos dudosa y cuya eficacia es inconsistente: de hecho, a partir del momento en el que se dispusiese de la explicación causal necesaria para poder vincular las conductas con los resultados lesivos o peligrosos para la salud pública, la respuesta sancionatoria con la que amenazan las disposiciones en cuestión sería en verdad inadecuada, dejando el campo libre a los tradicionales delitos de peligro común previstos por el Código penal⁵¹.

Así pues, el legislador ha introducido en el ordenamiento, en materia de OGM y en referencia a los delitos de peligro para la salud o el medioambiente, una especie de delito “durmiente”, cuya aplicación queda suspendida al constituir, en espera de eventuales pro-

gresos cognitivos capaces de corroborar con evidencias suficientes las sospechas de peligrosidad o lesividad, un delito “nomológicamente imposible”.

Pese a la referencia a un “Derecho penal del futuro” es evidente que no se trata de previsiones dirigidas a tutelar a las “generaciones futuras” (*supra*, epígrafe 1.4), dado que la verificación del resultado de daño o de peligro concreto para la salud o el medioambiente tiene como necesaria consecuencia colocar la responsabilidad en un contexto “intrageneracional”, es decir, en el transcurso de la vida de los sujetos que realizaron las conductas a través de las que fueron violadas las obligaciones procedimentales e informativas impuestas por la ley. En estos curiosos delitos solo es futurible la posibilidad, científicamente incierta, del resultado a cargo de consumidores, si nuevos conocimientos científicos atestiguaran la conexión entre los daños a la salud de las víctimas y las conductas en cuestión.

Como única conclusión puede observarse que, más allá del juicio ciertamente negativo sobre su utilidad y eficacia, los delitos “de precaución” hacen evidente en su conjunto el carácter “dinámico” del principio de precaución y “provisional” de las medidas inspiradas en el mismo.

dell'articolo 36 del decreto legislativo n. 224 del 2003 si applicano anche nel caso di danni provocati dalla immissione in commercio di OGM destinati all'alimentazione umana o degli animali o di alimenti o mangimi che contengono o sono costituiti da OGM, rientranti nel campo di applicazione del regolamento. [Sin perjuicio de las disposiciones previstas en los artículos 2, 3, 5 y 6, las disposiciones del artículo 36 del decreto legislativo n.º 224 de 2003 son aplicadas también en el caso de daños provocados por la comercialización de OGM destinados a la alimentación humana o de los animales o de alimentos o piensos que contengan o estén constituidos por OGM, pertenecientes al ámbito de aplicación del reglamento]. Se trata del Reglamento CE/1829/2003.

[El texto original del art. 36 D.leg. n.º 224/2003 reza: “Art. 36. Sanzioni per danni provocati alla salute umana e all'ambiente, bonifica e ripristino ambientale e risarcimento del danno ambientale.- 1. Fatte salve le disposizioni previste negli articoli 34 e 35 e sempre che il fatto non costituisca più grave reato, chi, nell'effettuazione di un'emissione deliberata nell'ambiente di un OGM ovvero nell'immissione sul mercato di un OGM, cagiona pericolo per la salute pubblica ovvero pericolo di degradazione rilevante e persistente delle risorse naturali biotiche o abiotiche è punito con l'arresto sino a tre anni o con l'ammenda sino ad euro 51.700. (...)”].

50 Hacemos referencia a la figura del “delito imposible” (art. 49 CP italiano), en cuyo ámbito la imposibilidad depende de una inidoneidad “concreta” de la acción o de la inexistencia del objeto, mientras que en los casos de resultado en materia de OGM, la imposibilidad es ya en abstracto.

51 Cfr. CORBETTA, *Sicurezza alimentare e “rischio da ignoto tecnologico”*, cit., p. 2297, donde se habla de “supuesto veleidoso e inútil”.