

CRÓNICAS EXTRANJERAS

Las reglas de la técnica en Derecho penal (*)

BERND SCHÜNEMANN

Catedrático de la Universidad de München

I. EL DÉFICIT DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

1. La catástrofe del reactor de *Chernobil* nos ha puesto de relieve de manera altamente preocupante en qué medida los centros de la discusión dogmático-penal se han alejado del núcleo de la misión asignada al ordenamiento penal (a saber: del aseguramiento de la existencia humana como base de todo bien jurídico). Pues como resulta de un estudio de los §§ 310 b y ss., 326 y ss. StGB (*), ni siquiera la causación gravemente imprudente de un super-GAU (*) semejante está contemplada *como tal* en ningún tipo penal alemán (1): y esta laguna —¡horrible dictu!— apenas ha sido notada

(*) Versión castellana, con algunas modificaciones introducidas por el autor, del artículo «Die Regeln der Technik im Strafrecht», publicado en KÜPER *et al.* (comp.), *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, pp. 367-397. Traducción de Manuel Cancio Meliá (Ayudante de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid) y Mercedes Pérez Manzano (Profesora Titular de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid).

(*) «Strafgesetzbuch, Código penal alemán» (N.T.).

(*) «Größter Annehmbarer Unfall: mayor Accidente Previsible» (N.T.).

(1) Pues el § 310 b párr. 4 StGB tiene como presupuesto que se produzca una explosión, es decir, que se libere energía de presión de alta velocidad hacia fuera (cfr. LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 16.^a ed. 1985, § 310 b nota 2 en relación con § 311 nota 2), requisito que no queda satisfecho en el caso en el que se funde el núcleo del reactor (cfr. TRAUBE, en TRAUBE *et al.*, *Nach dem Super-GAU*, 1986, pp. 74 y ss.); el § 311 d párr. 3 StGB establece como requisito que tenga lugar la «lesión de deberes jurídico-administrativos» y por ello, aparte del responsable y del encargado de protección frente a radiaciones conforme a los §§ 29-31 del Regla-

por la ciencia penal alemana (2). Ahora bien, respecto de lo anterior, así como del hecho de que al considerar el § 315 c resulta evidente que la infracción del deber de cuidado al conducir un vehículo de motor se sanciona con mayor exhaustividad que la dirección imprudente de un reactor atómico (3), podríamos intentar tranquilizarnos llevando a cabo el siguiente razonamiento: éste consiste en considerar que a través del tratamiento intensivo de la *Parte General* ya se encuentran resueltas las cuestiones básicas de la imputación jurídico-penal, también respecto de los accidentes de reactores atómicos, y que el asesoramiento *político-criminal* del legislador *no* pertenece al ámbito de los cometidos de la dogmática jurídico-penal. Pero esta suposición sí que sería engañosa pues, al margen de que la identificación de una laguna legal constituye desde luego un tema científico y en cierto sentido el reverso de la exégesis normativa en un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, la cuestión de la asunción por parte del Derecho penal de los riesgos encarnados en la técnica moderna, cuestión que no ha surgido, sino que sólo ha

mento de Protección frente a Radiaciones, de 13-10-1976 [BGBl. (Bundesgesetzblatt: Boletín Legislativo Federal N.T.) I, p. 2905, última modificación por Reglamento de 22.5.1981 - BGBl. I, p. 445], sólo pueden quedar abarcados los representantes descritos en el § 14 StGB, de modo que las lagunas de este precepto (cfr. a este respecto exhaustivamente SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 140 y ss.; *idem*, Jura 1980, pp. 571 y ss.; *idem*, wistra 1982, p. 46 y s.) acaban afectando también al § 311 d; las modalidades de comisión del § 328 StGB se hallan delimitadas desde un principio de un modo extraño, que deja fuera el caso del Super-GAU; el precepto «poco claro en su estructura y que tampoco está exento de contradicciones» (cfr. LACKNER, *op. cit.*, § 330 nota 1) contenido en el § 330 párr. 6 StGB en relación con el párr. 1 núm. 2, si bien abarca (a diferencia del § 325 párr. 4 StGB, por ejemplo) también la infracción de «un precepto jurídico destinado a la protección frente a radiación», no puede superar la limitación a la calificación como autor contenida en los §§ 29-31 del Reglamento de Protección frente a Radiaciones; y el § 330 a fracasa —incluso si se defiende una interpretación extensiva del concepto tradicional de veneno (cfr. a este respecto LACKNER, *op. cit.*, § 330 a, nota 5)— frente a la puesta en peligro a través de sustancias radiactivas, que no puede aprehenderse a corto plazo, y ello prescindiendo del requisito de la concurrencia de dolo que aparece también en el párr. 2 (cfr. LACKNER, *op. cit.*, § 330 a, nota 5).

(2) Incluso la toma de postura de TRIFFTERER respecto de la Ley para la Lucha contra la Criminalidad Medioambiental, que en su conjunto es bastante crítica, sólo ha propuesto ampliaciones marginales en el ámbito de los «delitos de radiación» (*Umweltstrafrecht*, 1980, pp. 253 y s.).

(3) Puesto que en el caso del § 315 c basta con que se produzca cualquier puesta en peligro de la vida o de la integridad corporal o de cosas ajenas de valor significativo, mientras que el § 330 a sólo penaliza incluso el comportamiento doloso cuando se trata de un peligro de muerte o de lesiones graves; de modo similar, los demás tipos se superan mutuamente a la hora de establecer complicadas restricciones.

sido dramáticamente ilustrada por el accidente de reactor más grande hasta hoy acaecido, apenas ha sido discutida desde la perspectiva dogmático-penal, menos aún ha sido analizada en particular o se le ha encontrado una solución convincente. En cuanto al problema central —rellenar o complementar las normas jurídicas reguladoras de los procesos técnicos con las *reglas de la técnica*— cabe constatar incluso que la dogmática del Derecho penal va siendo superada cada vez más por las dogmáticas del Derecho público y del Derecho civil. Pues en los últimos años se ha discutido en la bibliografía de Derecho público de forma extraordinariamente intensa (4), con especial consideración a la remisión a las normas técnicas, la constitucionalidad y la estructura dogmática de las *leyes en blanco* en sentido amplio —aquellas que remiten para su complementación a otras normas en sentido amplio, careciendo total o parcialmente de contenido semántico (leyes, reglamentos, estatutos, disposiciones administrativas o incluso recomendaciones privadas)—, y, en conexión con ello, esta cuestión ha jugado un importante papel en recientes y relevantes resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Federal Administrativo (5). Por el contrario, en la bibliografía penal la

(4) Cfr. NICKUSCH, *Die Normativfunktion technischer Ausschüsse und Verbände als Problem der staatlichen Rechtsquellenlehre*, tesis doctoral München 1964; SCHÄFER, *Das Recht der Regeln der Technik*, tesis doctoral Köln 1965; HAMMER, MDR 1966, pp. 977 y ss.; OSSENBUHL, DVBl. 1967, pp. 401 y ss.; NICKUSCH, NJW 1967, pp. 811 y ss.; SCHRÖCKER, NJW 1967, pp. 2285 y ss.; KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970; HERSCHEL, *Rechtsfragen der technischen Oberwachung*, 2.^a ed. 1972, pp. 116 y ss.; ZEMLIN, *Die überbetrieblichen technischen Normen - ihre Wesensmerkmale und ihre Bedeutung im rechtlichen Bereich*, 1973, pp. 168 y ss.; FUß, en: FS f. Paulick, 1973, pp. 293 y ss.; KARPEN, en: RÖDIG (comp.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1976, pp. 221 y ss.; STAATS, *ibid.*, pp. 244 y ss.; HANNING, *Umweltschutz und überbetriebliche technische Normung*, 1976, pp. 64 y ss.; BREUER, AöR 101 (1976), pp. 46 y ss.; STAATS, ZRP 1978, pp. 59 y ss.; BACKHERMS, ZRP, 1978, pp. 261 y ss.; *idem*, *Das DIN Deutsche Institut für Normung e.V. als Beliehener*, 1978, pp. 68 y ss.; *idem*, JuS 1980, pp. 9 y ss.; BADEN, NJW 1979, pp. 623 y ss.; JANSEN, DÖV 1979, pp. 323 y ss.; G. ARNDT, JuS 1979, S.784 ff.; HÖRMING, DVBl. 1979, pp. 307 y ss.; DIN (comp.), *Technische Normung und Recht*, 1979; *idem*, *Verweisung auf technische Normen in Rechtsvorschriften*, 1982; GRAUER, *Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen*, tesis doctoral Basel, 1979; SCHENKE, en: FS f. FRÖHLER, 1980, pp. 87 y ss.; *idem*, NJW 1980, pp. 743 y ss.; cfr. además EBERSTEIN, BB 1969, pp. 1291 y ss.; ERNST, *Rechtsgutachten zur Gestaltung des Verhältnisses der überbetrieblichen technischen Norm zur Rechtsordnung*, 1973; *Entschiebung des Präsidiums des DNA zur «Bedeutung der Normen im rechtlichen Bereich»*, DIN-Mitteilungen 1973, p. 102; NICKLISCH, NJW 1982, pp. 2633 y ss.; RITTSTIEG, *Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht*, 1982; y últimamente de modo global MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, 1979, pp. 379 y ss.; *idem*, BB 1985, pp. 16 y ss.

(5) Cfr. sobre todo BVerfGE [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Sentencias del Tribunal Constitucional Federal (N.T.)] 47, pp. 285 y ss.; 49, pp. 89

problemática especial de la Ley penal en blanco sólo está siendo tratada de manera superficial desde hace décadas: el único tratamiento exhaustivo [al margen de algunas tesis no publicadas (6)], llevado a cabo en el escrito de habilitación de Tiedemann del año 1969 (7), no ha tenido acogida en la literatura penal estándar, y mucho menos ha sido discutido o desarrollado (8). La misma consideración puede realizarse respecto del ensayo de Lenckner sobre «Normas técnicas e imprudencia» del mismo año (9). Esto es tanto más extraño cuanto que las cuestiones suscitadas por el fenómeno de las leyes penales en blanco ya fueron examinadas por la dogmática jurídico-penal alemana (10) antes de que la «remisión como instrumento de legislación» fuera siquiera reconocido como tema necesitado y digno de discusión en Derecho público (11).

2. La transformación de amplias zonas del Derecho penal accesorio —el dominio tradicional de las leyes penales en blanco— en *tipos de contravenciones* quizás pueda explicar esta parquedad, pero no puede justificarla; pues, teniendo en cuenta que la diferencia entre delito y contravención no es esencial, sino tan sólo gradual (12), por

y ss., 135 y ss. —auto en el caso Kalkar; 60, pp. 135 y ss.; 64, 208 y ss.; 67, 348 y ss.; BVerwGE [Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts: Sentencias del Tribunal Administrativo Federal (N.T.)] 55, pp. 250 y ss.— sentencia en el caso Voerde.

(6) WEIDENBACH, *Die verfassungsrechtliche Problematik der Blankettstrafgesetze*, tesis doctoral Tübingen 1965, y LOHBERGER, *Blankettstrafgesetz und Grundgesetz*, tesis doctoral München, 1968.

(7) Cfr. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 239 y ss.

(8) Cfr., por ejemplo, el somero tratamiento de la cuestión en TRÖNDLE, LK, 10.^a ed., §2, núm. marg. 7; SCHONKE/SCHRÖDER/ESER, *Strafgesetzbuch*, 22.^a ed., 1985, núm. marg. 3 previo al § 1, § 1 núm. marg. 11; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 1978, pp. 86 y s.; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, 6.^a ed., 1983, pp. 103, 120 y s.; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.^a ed., 1985, p. 139; cfr., sin embargo, KREY, EWR 1981, pp. 109 y ss.

(9) FS f. ENGISCH, 1969, pp. 490 y ss.

(10) Cfr. ya OETKER, GS 64 (1904), pp. 154 y ss.; ROTRING, Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 46 (1912), pp. 71 y ss.; NEUMANN, *Das Blanko-Strafgesetz*, 1908; además es fundamental ya la exposición de BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, tomo I, 1885, pp. 179 y s.

(11) Según SCHENKE (FS f. FRÖHLER, p. 91), la razón de ello estriba, por un lado, en que durante mucho tiempo se negase que el legislador estuviese vinculado a la Constitución y, por otro, en la concepción formal del positivismo jurídico; cfr., sin embargo, ya OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1.^a ed., 1895, tomo I, pp. 306 y ss.

(12) Cfr. BVerfGE 51, pp. 60, 74; GÖHLER, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 7.^a ed., 1984, núm. marg. 5 previo al § 1; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1976, tomo I, pp. 128 y ss.; *idem*, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976, pp. 99 y ss.

principio deben regir en el Derecho de contravenciones los mismos principios del Estado de Derecho que en Derecho penal (13), de cuya observancia, por tanto, también ha de ocuparse una «ciencia global del Derecho penal». Y desde luego, desde la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el título 28 del StGB, y debido a la —en palabras de Lackner (14)— «acumulación de tipos en blanco que caracteriza todo el título», ya no es de recibo el tratamiento descuidado de los problemas dogmáticos latentes en él.

II. DETERMINACIÓN CONCEPTUAL DE LA LEY PENAL EN BLANCO

1. El desarrollo dogmático de este tema, que, como vimos, ya lleva mucho retraso, debe iniciarse con la *elaboración conceptual*, pues, aunque las consideraciones conceptuales han ocupado en el pasado un espacio relativamente amplio en el examen de las leyes penales en blanco, y puesto que además habitualmente fueron antepuestas al análisis de los problemas materiales (15), sin embargo, la definición tradicional de ésta como la «ley penal que refiere su amenaza de pena a una conducta delimitada típicamente total o parcialmente por otras fuentes del Derecho» (16) no resulta convincente ni en su función de delimitación temática ni en sus consecuencias sistemáticas. Y es que en caso de asumir la determinación conceptual tradicional se pierde de vista desde un principio precisamente la forma hoy más frecuente de retirada del legislador —la remisión expresa o tácita a usos, recomendaciones o regulaciones privadas— de su posición de responsabilidad jurídico-constitucional, esto es, la de dirigir la vida social fijando, en virtud de la autoridad que le ha sido conferida, normas dotadas de contenido, porque el complemento de la norma en blanco no se realiza en este caso por una «fuente jurí-

(13) Cfr. GÖHLER, *op. cit.* (nota 12), núm. marg. 10 previo al § 1; REB-MANN/ROTH/HERRMANN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, núm. marg. 1 previo al § 1; ROTBERG, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 5.^a ed., 1975, Introducción B III 2.

(14) Cfr. LACKNER, *op. cit.* (nota 1), nota 1 b bb previa al § 324.

(15) Cfr. ya BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, tomo I, 2.^a ed., 1890, p. 161; NEUMANN, *op. cit.* (nota 10), pp. 16 y ss.; LOHBERGER, *op. cit.* (nota 6), pp. 4 y ss.; WEIDENBACH, *op. cit.* (nota 6), pp. 5 y ss.; WARDA, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955, pp. 5 y ss.

(16) Fundamental WARDA, *op. cit.* (nota 15), pp. 5 y ss.; se suman, por ejemplo, LOHBERGER, *op. cit.* (nota 6), p. 14; WEIDENBACH, *op. cit.* (nota 6), p. 7; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *op. cit.* (nota 8), núm. marg. 3 previo al § 1; JESCHECK, *op. cit.* (nota 8), p. 86; MAURACH/ZIPF, *op. cit.* (nota 8), p. 103; cfr. también BGHSt [Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal (N.T.)] 6, pp. 30, 40, así como ya NEUMANN, *op. cit.* (nota 10), p. 20.

dica» en sentido amplio que pueda reconducirse a una instancia estatal. La calificación que se impone con base en la definición tradicional, la de considerar a la regla privada que completa una Ley penal como «elemento típico» (17), rompe la relación sistemática con las demás formas de remisión y cierra así el acceso al problema principal, que consiste en la *cesión encubierta de competencia legislativa a grupos o instituciones privados*.

2. De otro lado, sería a su vez erróneo renunciar a cualquier precisión teórico-normativa y considerar que existe un tipo penal en blanco incluso, por ejemplo, cuando en él se hace referencia a una figura semántica que ni procede del legislador ni del autor. Una resolución del Tribunal Superior de Hamburgo demuestra a qué confusión nos conduciría esto: la referida resolución sostiene, en relación con la remisión de la Ley del Grado de Plomo en Gasolina en conexión con el Reglamento de Especificación de la Calidad de la Gasolina (18), a la DIN (*) número 51.600, que una parte del precepto complementador (*¡sic!*) —poco después denominado «norma complementadora»— habría sido «promulgado» por una instancia no estatal. A continuación extrae de esta «norma» —esto es, de una proposición de deber— únicamente «datos técnicos exentos de valoración», remitiéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 14, pp. 245 y ss., en la que se trataba de la complementación de una Ley por el titular estatal del poder reglamentario autorizado expresamente para ello (19) —con lo que se confunden prácticamente todas las categorías conceptuales y normológicas.

3.a) Una elaboración de categorías metodológicamente correcta y dogmáticamente fructífera debe partir por ello —en correspondencia con los principios generales en la ciencia jurídica de la elaboración conceptual relativa a valores (20)— de los *problemas de regulación* y sistematizarlos en conexión con los fenómenos de la técnica legislativa, de forma que resulta el siguiente cuadro: la categoría intermedia «Ley necesitada de complementación» conlleva problemas

(17) La diferenciación entre el objeto de la remisión que rellena la Ley en blanco y los meros elementos típicos ya aparece en OETKER, *op. cit.* (nota 10), p. 160, con base en el ejemplo de la remisión a disposiciones de policía y de modo muy similar aparece, por ejemplo, también en TIEDEMANN, *op. cit.* (nota 7), p. 272; cfr. además KARPEN, *op. cit.* (nota 4), p. 97; STAATS, en: *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung* (nota 4), p. 246; WARDA, *op. cit.* (nota 15), p. 6.

(18) BzBIG [= Benzinbleigesetz (N.T.)] de 5-8-1971 (BGBl. I, p. 1234); BzAngabV [= Benzinqualitätsangabeverordnung (N.T.)] en la redacción de 1-8-1984 (BGBl. I, p. 1069).

(*) DIN, Deutsche Industrienorm: Norma Industrial Alemana (N.T.).

(19) MDR 1979, pp. 604 y s.

(20) Cfr. a este respecto solamente SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 25 con ulteriores referencias.

constitucionales, en los dos aspectos del *reparto de competencias* y del *mandato de determinación de la Ley*, que a su vez hay que subdividir en dos subproblemas respectivos con sus correspondientes sub-subproblemas: la cuestión de la competencia, en el caso de la remisión a la complementación normativa no estatal, se concreta en el *principio democrático* (21), y con respecto a la remisión a la complementación normativa estatal en el *principio de división de poderes*, con las ulteriores diferenciaciones de las relaciones entre Poder Federal/Poder de los Estados Federados, Legislativo/Ejecutivo, Legislativo/Judicial (22). Y la cuestión de la concreción de la Ley se plantea, por un lado, *de modo objetivo* [con puntos de conexión con la cuestión de la competencia y ulteriores diferenciaciones, como por ejemplo la del mandato de publicación (23)] y, por otro, *subjetivamente* (es decir, desde la perspectiva del sujeto sometido al Derecho, con los consiguientes problemas para el dolo y para la reprochabilidad).

b) Teniendo como telón de fondo esta «estructura de los problemas» se muestra que la limitación tradicional del concepto de Ley penal en blanco a las disposiciones que remiten a una complementación mediante fuentes jurídicas (es decir, estatales), no puede aparecer como materialmente justificada ni a la luz del principio consistente en que un órgano legislativo no puede ceder su competencia de forma abierta ni encubierta a una instancia incompetente, ni desde la perspectiva de la concreción de la Ley, entendida objetivamente o subjetivamente como seguridad jurídica para el ciudadano particular. Pues la «abdicación del legislador» se manifiesta de forma aún más radical en la cesión de la facultad real de concretar el contenido de la Ley a determinadas fuerzas sociales, que en una mera delegación de poder legislativo dentro del ámbito del Estado. Además, el menoscabo de la seguridad y orientación del ciudadano es más bien mayor en la remisión a usos o reglas privados que en la que existe al hacerse referencia a las concreciones estatales. Por otro lado, y desde un principio, no cabe en el esquema de problemas esbozado el supuesto de la conexión legal con *actos particulares*, esto es, mandatos o prohibiciones individuales [cfr., por ejemplo, los §§ 123, 145

(21) Más concretamente a este respecto, OSSENBÜHL, *op. cit.* (nota 4), p. 404; KARPEN, *op. cit.* (nota 4), pp. 172 y ss.; ARNDT, *op. cit.* (nota 4), p. 785; BVerfGE 47, p. 315; SCHENKE, FS f. Fröhler (nota 4), p. 119 con ulteriores referencias.

(22) Respecto del significado del Principio del Estado Federal respecto de la problemática de la remisión, cfr. exhaustivamente SCHENKE, FS f. Fröhler (nota 4), pp. 113 y ss. con numerosas referencias ulteriores; en cuanto a la relación entre Poder Legislativo y Ejecutivo, cfr. el art. 80 LF [Grundgesetz, Ley Fundamental (N.T.)]; respecto de la relación entre Poder Legislativo y Judicial, cfr. las consideraciones que siguen en el texto.

(23) *Vid.* más concretamente a este respecto SCHENKE, FS f. Fröhler (nota 4), pp. 96 y ss. con referencias.

a), 145 c) StGB, 25/26 de la Ley de Reunión y 24 del Código de la Circulación], que ha provocado gran falta de claridad en la discusión desarrollada hasta el momento respecto de las leyes penales en blanco (24). Ello es así porque este tipo de conexión no pone en peligro ni la seguridad de orientación del ciudadano (que precisamente se garantiza de forma óptima estableciendo el presupuesto de un mandato individual) ni la prerrogativa normativa del legislador (que no se ve interferida en absoluto por un acto individual), de manera que no puede ser correcto echar en el mismo saco este fenómeno —que plantea problemas totalmente distintos (25)— junto con la remisión legal a normas (esto es, generales) extralegales.

4. Por lo tanto, para los aspectos normativos determinantes de la definición de la ordenación de competencias y de la concreción de la Ley son relevantes, en primer lugar, todas las leyes penales que necesitan ser concretadas en su contenido por *proposiciones generales de deber* para que sea posible llevar a cabo una subsunción de los casos concretos existentes en la realidad, subsunción avalorativa y únicamente condicionada por el núcleo de significado del lenguaje común (26). Y como éste es el caso de prácticamente todas las leyes penales, cuya relativa indeterminación semántica debe ser cerrada por vía de interpretación por el Juez competente para ello conforme al art. 92 de la Ley Fundamental (27), la elaboración de

(24) Cfr., por ejemplo, las consideraciones bastante artificiosas de OETKER, *op. cit.* (nota 10), pp. 160 y ss.; NEUMANN, *op. cit.* (nota 10), pp. 25 y ss., 45 y ss.; WARDA, *op. cit.* (nota 15), pp. 15 y ss.; KARPEN, *op. cit.* (nota 4), pp. 99 y s., calificando la conexión hecha por la Ley a prohibiciones administrativas en parte como Ley en blanco, en parte como mero elemento del tipo o creando la categoría específica de las «disposiciones en lugar de Ley».

(25) Se trata sobre todo de la cuestión acerca de si la punibilidad de la contravención sólo presupone la existencia fáctica del mandato o, por el contrario, también es necesario que éste sea jurídicamente vinculante; curiosamente, esta pregunta es resuelta de manera más liberal en el Derecho público que en Derecho penal [cfr., por un lado, SCHENKE, JR 1970, p. 449; GERHARDS, NJW 1978, pp. 86 y ss.; ARNHOLD, *Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte*, 1978; BERG, Wi-Verw. 1982, pp. 169 y ss.; y, por otro, BGHSt 23, 86 y ss. y el así llamado «concepto jurídico-penal de conformidad a Derecho» en el § 113 StGB, que se halla concebido en ese mismo sentido cfr. al respecto LACKNER, *op. cit.* (nota 11), § 113 notas 5 y 6 con referencias y por todos la crítica en SCHÜNEMANN, *op. cit.* (nota 20), pp. 15 y ss.].

(26) Cfr. respecto de este modelo de subsunción SCHÜNEMANN, en FS f. Klug, 1983, pp. 169 y ss.

(27) Cfr. por todos, desde el punto de vista de la teoría del Derecho SCHÜNEMANN, *op. cit.* (nota 26), pp. 184 y s., así como desde la perspectiva jurídico-constitucional el reconocimiento hecho por el BVerfG, concurriendo determinados presupuestos, de una competencia judicial de creación normativa *contra legem* (BVerfGE 34, pp. 269, 286 y ss. —así llamada «sentencia en el caso Soraya»— y BVerfGE 65, pp. 182 y ss.); la competencia judicial para la creación normativa

una categoría propia de leyes penales en blanco sólo puede tener el sentido de reunir todos los casos de complementación de normas por otras instancias estatales o sociales, en las que la concreción normativa, por tanto, *no* está en manos del juez, designado para ello en primer lugar por nuestra Constitución. En consecuencia, se deben denominar leyes penales en blanco todas aquellas leyes penales que remiten explícita o implícitamente, para la eliminación de su imprecisión semántica, a proposiciones de deber general que no han sido creadas por el juez penal sentenciador —por contraposición a las «leyes penales indeterminadas» que presuponen su complementación por el juez.

III. CONSECUENCIAS PARA LA UBICACIÓN EN EL SISTEMA DOGMÁTICO-PENAL DE LAS REGLAS DE LA TÉCNICA

1. Cuando, después de fijar las categorías básicas, se intenta determinar la posición jurídico-dogmática de las «reglas de la técnica» resulta a primera vista tal multiplicidad de alternativas que podría hablarse de unas características camaleónicas.

a) La remisión a las reglas técnicas podría crear en *primer lugar* un *tipo penal en blanco dinámico*, de manera que el contenido *respectivo* (sometido a cambios temporales) de las normas técnicas reconocidas en los círculos profesionales competentes complete la Ley penal; un ejemplo de ello parece ofrecerlo el § 323 StGB, que castiga la infracción «de las reglas de la técnica reconocidas generalmente» que ocurra durante la ejecución de obras. Pero la remisión a las reglas técnicas puede originar también, en *segundo lugar*, un tipo penal en blanco *estático*, si la Ley se refiriere a una regulación técnica concretamente determinada, con el contenido vigente *en el momento de la remisión*; así por ejemplo, el § 7 párr. 1 núm. 2 a de la Ley sobre el Grado de Plomo en la Gasolina, que amenaza con multa como contravención el señalamiento deficiente de la calidad mínima del carburante ofrecido al usuario, remite a través del § 2 a, párrs. 1.º y 3.º de la Ley sobre el Grado de Plomo en la Gasolina y del § 1 del Reglamento de Especificación de la Calidad de la Gasolina (28), a las «exigencias mínimas fijadas en la DIN núm. 51.600, en la versión de enero de 1976, respecto de antidetonancia, densidad, proceso de evaporación y punto final de evaporación» para carburante normal y súper, habiendo sido publicada la norma DIN mencionada íntegra-

concretando la Ley *intra legem* deriva de esto *a fortiori* y, desde luego, nunca ha sido puesta en duda.

(28) Cfr. a este respecto las referencias contenidas en la nota 18.

mente en el Boletín Legislativo Federal como anexo 1.º del Reglamento de Especificación de la Calidad de la Gasolina.

b) Sin embargo, en el ámbito de la remisión a las reglas técnicas, en vez de suponer la existencia de una Ley penal en blanco, puede tomarse también en consideración la calificación como *Ley penal indeterminada*, y ello además en distintas modalidades. La remisión a las reglas de la técnica podría significar en *tercer lugar* la mera exhortación al juez para que dedique especial atención al contexto técnico en la determinación de la medida del cuidado decisivo para la responsabilidad por imprudencia, de modo que la «infracción de las reglas de la técnica» se convertiría en sinónimo de la *infracción del deber de cuidado*. Además, la producción de normas técnicas puede ser entendida en *cuarto lugar* como una convención lingüística y, en consecuencia, puede ser clasificada como *lenguaje profesional* que complementa el lenguaje común —en lo que quizás también estaba pensando el Tribunal Superior de Hamburgo, en la expresión arriba citada, en el sentido de que la norma DIN sólo contenía «datos técnicos avalorativos». La *quinta* alternativa consiste en la identificación de las reglas técnicas con las leyes causales válidas en el ámbito técnico; por ejemplo, se podría comprender «las precauciones necesarias conforme al estado de la ciencia y de la técnica, frente a daños por depósito de materiales para la combustión nuclear» y «la protección necesaria frente a injerencias» según el § 5 párr. 1.º de la Ley de Energía Atómica (29), como una remisión a los cursos lesivos posibles y a las medidas idóneas y por ello necesarias para su prevención, conforme al desarrollo de la física nuclear.

c) Finalmente, hay que tomar en consideración también una interpretación *jurídico-procesal* de la remisión legal a las reglas técnicas, que presenta a su vez distintas alternativas: en *sexto* lugar cabe pensar en *reglas técnicas de valoración de la prueba*; el Tribunal Superior de Hamburgo, por ejemplo, en su auto de 20-10-1978 (30) se enfrentó a la cuestión de si pueden vincular al juez en la valoración de la prueba las normas DIN números 51751, 51756 y 51757, a las que hace referencia la norma DIN núm. 51600 por medio de una remisión ulterior, y que regulan en particular los métodos de prueba y examen para cumplir la norma DIN 51600. Y como versión atenuada vendría a colación también, en *séptimo lugar*, la calificación de las reglas de la técnica como *informe pericial anticipado*, al que el juez puede recurrir sin más por su evidencia y al que debe atenerse en tanto no sea refutado o al menos cuestionado por un informe contrario convincente.

2. Con base en el resultado de las consideraciones puramente analíticas realizadas hasta el momento —las reglas de la técnica pue-

(29) En la redacción de la publicación de 15-7-1985 (BGBl. I, p. 1565).

(30) 2 Ss 303/77 (esta parte no se reproduce en MDR 1979, p. 604).

den actuar como normas complementadoras de leyes penales en blanco, o como elementos no prescriptivos por sí mismos de una Ley penal indeterminada, o como tipos procesales con distintas subvariantes posteriores— pueden describirse los fines del trabajo dogmático ulterior y subdividirse en tres niveles: por un lado, hay que examinar cuáles de las siete alternativas son lógicamente consistentes y compatibles con los principios jurídicos superiores (es decir, constitucionales) al comienzo mencionados; en el siguiente nivel hay que aclarar cómo puede hallarse la alternativa exacta en cada caso individual y cómo hay que calificar en consecuencia en concreto las numerosas remisiones a reglas técnicas en Derecho penal y contravencional; y finalmente deben tratarse las cuestiones estructurales, es decir los principios dogmáticos, iguales para cualquier caso de aplicación particular, de las alternativas que queden del primer nivel.

IV. ¿LAS REGLAS DE LA TÉCNICA COMO OBJETO DE UNA REMISIÓN DINÁMICA?

1. Según la opinión dominante hasta hoy en Derecho penal, hay que entender por «reglas de la técnica» aquellos criterios que, por ejemplo, en el caso concreto del § 323 StGB «se han desarrollado como resultado de una previsión, basada en la experiencia y en la reflexión, de los posibles peligros en la planificación, cálculo y ejecución de obras o instalaciones técnicas» (31) y que deben haber encontrado su expresión en disposiciones urbanísticas, en catálogos de normas [como las disposiciones DIN y VDE (*)], así como en disposiciones sobre prevención de accidentes de las asociaciones profesionales de la construcción (32). Y su «reconocimiento general», exigido por ejemplo en el § 323 y en el § 330, párr. 1.º, núm. 3 StGB, presupone, según la jurisprudencia del Reichsgericht, mantenida en lo esencial hasta hoy, que la referida regla «no sólo es correcta e irrefutable, habiendo un conocimiento científico total de la materia», sino que además «es generalmente conocida y reconocida como correcta en los círculos de los técnicos correspondientes», de manera que según esta jurisprudencia la convicción sobre la necesi-

(31) Cfr. LACKNER, *op. cit.* (nota 1), § 323 nota 2.ª; *vid.* además HORN, en SK-StGB, § 323, núm. marg. 7.

(*) VDE, Verband Deutscher Elektrotechniker: Asociación de Ingenieros de Telecomunicaciones Alemanes (N.T.).

(32) Más concretamente respecto de esto WOLFF, en *LK*, 10.ª ed., § 323 núm. marg. 11, haciendo referencia a RGSt (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Sentencias del Tribunal Supremo del Reich en lo penal [N.T.]) 27, p. 388; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *op. cit.* (nota 8), § 323 núm. marg. 18; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 42.ª ed. 1985, § 323 núm. marg. 10.

dad de observancia de la regla también debe haber impregnado la práctica y, con ello, haberse consolidado (33).

Sin embargo, es dudoso que esta concepción tradicional se encuentre aún a la altura de la discusión jurídico-constitucional. Pues en Derecho público existe hoy un amplio consenso en torno a que la *remisión dinámica* a regulaciones privadas, es decir la remisión al contenido correspondiente de regulaciones mudables en el curso del tiempo y de «normaciones» realizadas por instancias privadas, es sin excepción *juridico-constitucionalmente inadmisibles*, porque lesionaría el *mandato democrático* de la Ley Fundamental, al ceder a instancias sociales genuinas competencias legislativas, y porque no es compatible tampoco con el *mandato de publicación* de las disposiciones jurídicas contenido en el principio del Estado de Derecho, a causa de la aleatoriedad de la publicidad de las regulaciones privadas, no restringida legalmente (34). Si hubiera que entender la remisión a las reglas de la técnica reconocidas generalmente de modo que se dispusiera directamente la obligatoriedad de determinadas regulaciones [como por ejemplo de las disposiciones VDE conforme al § 1 del 2.º Reglamento de Ejecución de la Ley de Economía Energética (35)], entonces no podría evitarse, en efecto, el veredicto de inconstitucionalidad, puesto que en una comunidad establecida constitucionalmente no se puede otorgar una competencia de concreción general del contenido de la Ley fuera de los órganos previstos para ello (por lo que la conexión habitual en la bibliografía iuspublicista con el principio democrático también es dogmáticamente imprecisa, porque la eliminación de instancias incompetentes para el ejercicio del poder forma necesariamente parte de toda organización estatal —incluso en una Monarquía absoluta—, y porque la inconstitucionalidad de una complementación de la Ley llevada a cabo por instancias privadas se fundamenta no en la abstención del legislador como tal, sino en la vulneración de la competencia judicial —fun-

(33) En este sentido ya RG GA 39, p. 208, y con especial exhaustividad RGSt 44, pp. 75, 79 y ss.; cfr. además LECKNER, FS f. Engisch, pp. 496 y s., así como la bibliografía especializada en materia de Derecho penal de la construcción (SCHERER, *Strafrecht in der Baupraxis*, 1965, pp. 15 y ss.; VELTEN, *Die Baugefährdung*, tesis Kiel 1965, pp. 57 y s.).

(34) Cfr. por todos BULLINGER, *Die Selbstermächtigung zum Erlaß von Rechtsvorschriften*, 1958, pp. 21, 23; SCHÄFER, *op. cit.* (nota 4), pp. 102 y ss.; OSSENBÜHL, *op. cit.* (nota 4), p. 404; NICKUSCH, *op. cit.* (nota 4), pp. 211 y ss.; *idem*, NJW 1967, pp. 811 y ss.; KARPEN, *op. cit.* (nota 4), pp. 174, 180, 183; BREUER, *op. cit.* (nota 4), pp. 62 y s., 65 y s.; G. ARNDT, *op. cit.* (nota 4), p. 787; SCHENKE, NJW 1980, pp. 745 y s.; *idem*, FS f. Fröhler, pp. 108 y s.; MARBURGER, *op. cit.* (nota 4), pp. 390 y ss.

(35) Ley de Fomento de la Economía Energética de 13.12.1935 [RGBl. (Reichsgesetzblatt, Boletín Legislativo del Reich N.T.) I, p. 1451], junto al 2.º Reglamento de Ejecución de 31-8-1937 (RGBl. I p. 918).

damentada en el art. 92 LF— para concretar la Ley). Sin embargo, podría regir algo distinto para la definición de reglas técnicas dominante en el Derecho penal, porque no existe aquí ninguna prerrogativa de fijación otorgada a corporaciones o a gremios privados determinados, sino que se hace hincapié en la *communis opinio* del grupo de población que se ocupa en cuestiones técnicas, de modo que se podría pensar en una incorporación legal de normas del Derecho consuetudinario —en cierto sentido, una costumbre respetada por un círculo limitado de personas (36). Esta consideración —probablemente oculta de manera tácita tras la concepción dominante en Derecho penal, que no cuestiona la constitucionalidad de la interpretación tradicional del § 323 StGB (37)—, con la que nos topamos constantemente de forma semejante en los especialistas del Derecho de la técnica, y que culmina en la idea de un «Derecho autónomo de la técnica» (38), sin embargo *yerra* ya de modo fundamental el conflicto de intereses que existe en este sector social y que debe ser resuelto normativamente; conflicto que se traduce sencillamente en la cuestión de en qué medida ha de permitirse que pongan en peligro los bienes jurídicos sociales protegidos penalmente aquellas empresas y personas particulares que se ocupan de la aplicación de la técnica moderna. Permitir formular a los técnicos aquellas reglas de la técnica que son penalmente relevantes, significaría, en consecuencia, encomendar las ovejas al lobo y atribuir al titular del potencial de peligro el poder de decisión sobre la medida permitida en los riesgos que él mismo crea. Por ello, el entendimiento de las reglas técnicas como una especie de práctica consuetudinaria es erróneo, al no tener en cuenta que el Derecho, al margen de su producción estatal, sólo puede ser creado mediante el consenso de *todos los* afectados (39) y no a través de una usurpación unilateral realizada por el potencial causante de la perturbación, y por ello esta concepción acrecienta el déficit de la dogmática jurídico-penal a que se hizo referencia al principio hasta convertirlo en un error fundamental.

(36) Respecto del concepto de *Observanz*, cfr. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, tomo I, 1979, p. 2; BAUMANN, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7.ª ed., p. 44; ampliamente ENNECERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, volumen I, 15.ª ed., 1959, pp. 277 y ss.

(37) Cfr. LACKNER, *op. cit.* (nota 1), § 323 nota 2b; WOLFF, en *LK*, § 323 núm. marg. 11 *in fine*; TIEDEMANN, *Jura* 1982, p. 377.

(38) Fundamental a este respecto LIST, *Verwaltungsrecht technischer Betriebe*, 2.ª ed., 1955, p. 11. Las variantes modernas de esta idea se discuten *infra* X.1.

(39) Cfr. respecto de este punto de partida, desde la perspectiva de la teoría del Derecho, PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 1981, pp. 417 y ss., quien, sin embargo, identifica erróneamente los «partícipes» con los protagonistas de la técnica y por ello pierde de vista que también han de incluirse las potenciales víctimas de la técnica.

2. Por tanto, la concepción de las reglas técnicas como objeto de una remisión dinámica del legislador no es compatible con las decisiones jurídico-constitucionales básicas ni con nuestra comprensión de la esencia del Derecho; y ello ni en el contexto específico de las regulaciones técnicas concretas ni en el contexto general de las máximas establecidas de comportamiento de la «comunidad de los técnicos». Tampoco el intento de salvamento defendido por Marburger para mantener la tesis de la remisión en la forma suavizada de «línea directriz de concreción jurídicamente no vinculante» que exclusivamente *favorece* al ciudadano (40), no puede cambiar nada en ello. Pues Marburger no ha percibido —aparentemente porque excluye la dimensión jurídico-penal— que favorecer al productor de la técnica tiene como reverso inevitable el empeoramiento de la posición del afectado por el producto técnico y con ello también del conjunto de la sociedad, de manera que la actitud conciliadora con los agentes técnicos conduce a una intromisión en la integridad de todos los demás ciudadanos.

3. Por más vueltas que se le dé al asunto —una remisión legal dinámica a las normas formuladas en los círculos de los técnicos no puede existir en un Estado de Derecho, y por muy arraigada que se encuentre una opinión dominante, deberá desvanecerse frente a esta tajante constatación.

V. LA REMISIÓN ESTÁTICA A REGLAS TÉCNICAS

1. Es distinto lo que rige respecto de la remisión estática, en la que, como se vio, se hace referencia a una regulación técnica con su contenido conocido por el legislador en un determinado momento y con ello se incorpora a la norma jurídica. En este caso no es posible, desde un principio, que aparezcan objeciones de tipo competencial, porque la regulación sólo se convierte en obligatoria en virtud de su total incorporación en la voluntad del legislador, y, en consecuencia, la remisión no es otra cosa que una *abreviatura técnico-legislativa* (41). Del esbozo del problema realizado en el punto II.3 se deduce que en el caso de la remisión estática sólo queda el problema de la concreción de la Ley, problema que a su vez se restringe al de la *cognoscibilidad* subjetiva para quienes se hallan sometidos al Derecho cuando el legislador se remite a una regulación exactamente fi-

(40) *Op. cit.* (nota 4), pp. 395 y ss., 404, 406; en el mismo sentido KREY, EWR 1981, pp. 156 y ss. El entendimiento de las normas técnicas como reglas de carga de la prueba, entendimiento que MARBURGER vincula —de manera algo imprecisa desde el punto de vista de la lógica— a su concepción, será analizado *infra* VII.2.

(41) Cfr. por todos MARBURGER, *op. cit.* (nota 4), pp. 387 y ss.

jada. Como demuestra el hecho de que se reconozca generalmente la constitucionalidad del uso por parte del legislador de conceptos jurídicos indeterminados, el mandato de publicación del artículo 82 LF sólo pretende garantizar la constatabilidad objetiva de la decisión del legislador, pero no la cognoscibilidad subjetiva de la norma completa, de manera que desde una perspectiva teleológica no existen objeciones contra una interpretación restrictiva del artículo 82 LF en lo relativo a la técnica de remisión, que además no regula de manera expresa (42).

2. De otro lado, se deduce de lo anterior que una remisión estática a las «reglas de la técnica» como *tales* no sería suficiente para cumplir el *mandato de concreción* que de nuevo se resalta en el artículo 103 párr. 2.º LF respecto de las leyes penales, y por ello sería inconstitucional: el conjunto de máximas de comportamiento técnico reconocidas en un determinado momento, no precisadas en una regulación positiva y determinada, sería demasiado incoherente y contradictorio para poder anudarle el automatismo de la concreción normativa que tiene lugar en la remisión estática.

VI. LAS REGLAS DE LA TÉCNICA COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

1. Los problemas de las reglas de la técnica en el contexto de un Derecho penal en blanco, analizados previamente, se obvian, si no se ve en ellas nada distinto a un *concepto jurídico indeterminado*, que se refiere al *cuidado debido en el campo de la técnica*, como

(42) Cfr. más en detalle MARBURGER, *op. cit.* (nota 4), p. 411, con referencias; EBSEN, DÖV 1984, pp. 654 y ss. Por esta razón, por cierto, no resulta convincente la jurisprudencia del BVerfG en materia de leyes penales en blanco, según la cual han de poderse prever los supuestos posibles de punibilidad con base en una Ley, de modo que a la fuente reglamentaria sólo se le atribuya la especificación concreta del tipo (cfr. BVerfGE 14, pp. 187, 251, 254; 22, p. 25; 23, pp. 279 y s.; 39, p. 208 y s.; 32, pp. 346, 362 y ss.; 41, pp. 319 y ss.; en este sentido también la opinión dominante, cfr. por todos TRÖNDLE, en *LK*, § 1 núm. marg. 11). Pues desde el punto de vista de la cognoscibilidad para el ciudadano no existe una diferencia fundamental entre leyes y reglamentos, dado que también éstos han de publicarse en principio en el Boletín Legislativo Federal (art. 82 párr. 1.º inc. 2.º LF). Y puesto que el art. 103 párr. 2.º LF desde la perspectiva de la división de poderes únicamente separa el poder legislativo del judicial (cfr. a este respecto SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 8 y ss.), pero no establece absolutamente nada respecto de la estructura competencial del poder legislativo, concebido de modo funcional, parece obligado entender bajo «Ley» en el sentido del art. 103 párr. 2.º LF únicamente la Ley en sentido material, determinando, por consiguiente, la admisibilidad de la complementación de leyes penales en blanco por medio de reglamentos exclusivamente con base en el precepto (relativamente generoso) del art. 80 párr. 1.º inc. 2.º LF.

ya propuse con ocasión del ejemplo del § 323 StGB (43). En lugar del problema de la concreción de este concepto jurídico indeterminado por parte del juez, cuestión de la que nos ocuparemos a continuación, hay que considerar otras dos atribuciones de función: el entendimiento de las reglas técnicas como una convención lingüística que clarifica el tenor literal de la Ley o como leyes causales concretas que no pertenecen al mundo de las normas, sino al de los fenómenos naturales.

2. La posibilidad (que curiosamente apenas ha sido percibida en la discusión que se ha desarrollado hasta el momento) de concebir las reglas técnicas como un *lenguaje profesional* perfectamente definido, que explica el lenguaje del legislador, casa sobre todo con el Derecho penal, pues el denominado límite del tenor literal, esto es, el alcance máximo del ámbito significativo que en el lenguaje común tienen los términos legales, limita en este campo, de acuerdo con el artículo 103 párr. 2.º LF, la actividad decisoria del juez (44). A pesar de ello, es preciso descartar esta posibilidad después de realizar un análisis más exhaustivo, porque la vinculación del juez al límite del lenguaje común no supone una especie de competencia legislativa oculta a favor del espíritu popular que impera en la textura del lenguaje, sino que sólo significa que se limita la creación judicial del Derecho al ámbito de aplicación que el legislador había previsto, aunque solamente fuese de manera aproximativa. Por ello, no puede legitimarse de ninguna manera una competencia legislativa, atribuida por vía filológica, a aquellos sujetos que ocupan una posición preeminente en un lenguaje sectorial.

3. La alternativa arriba citada en última instancia, de que en las reglas de la técnica se trata sólo de la constatación de *leyes causales empíricas*, es aún menos digna de ser tomada en cuenta; pues esta concepción, defendida reiteradamente en especial por Scholz (45), sólo es correcta respecto de una parte semántica de la regla técnica (46), y cuando se aplica a la norma en su conjunto conduce a una hipótesis *ad hoc*, semánticamente defectuosa, de apoteosis jurídica del «conocimiento técnico» —últimamente sobre todo en el ejemplo del funcionamiento de las centrales nucleares—. Debido a la mezcla

(43) ZfBR 1980, pp. 162 y s.

(44) Cfr. SCHÜNEMANN, *op. cit.* (nota 42), pp. 4, 17 y ss.; respecto a que el efecto vinculador sólo afecta a la extensión del concepto, pero no a la intensión, cfr. *idem*, FS f. Faller, 1984, pp. 367 y ss.; NSIZ 1986, p. 442. GÖBEL lleva a cabo una aproximación intuitiva, pero muy imprecisa, a la variante referida en el texto, en SCHÄFFER/TRIFFTERER (comp.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, 1984, pp. 64 y ss.

(45) SCHOLZ, en: DIN (comp.), *Technische Normung und Recht*, 1979, pp. 87 y ss.; *idem*, en: FS f. Juristische Gesellschaft Berlin, 1984, pp. 691 y ss., 695 y s.

(46) Concretamente, el lado descriptivo o «frástico», cfr. a este respecto más en detalle *infra* VII.3., en el texto correspondiente a la nota 63.

de criterios de comportamiento técnicos, esto es, de proposiciones *prescriptivas*, con los *supuestos de hecho* por ellas regulados, es semánticamente poco clara la afirmación sostenida por Scholz, de que «las medidas técnicas de control, conducta o valoración» están «destinadas a ser aplicadas en todos los casos» en los que «se trata de la configuración o de la valoración de situaciones fácticas que están reguladas tecnológicamente o que funcionan técnicamente y que desde el punto de vista jurídico-normativo dependen del plano de lo fáctico», de modo que «una norma técnica no formula por su propia esencia una regla de deber jurídico-normativa, sino exclusivamente una relación condicional orientada causalmente» (47). Y esta afirmación es, por lo demás, no sólo trivial en relación con los conocimientos de las ciencias naturales previos a las reglas técnicas, sino también irrelevante para nuestro problema, porque en la remisión legal a las reglas de la técnica no se trata de problemas de causalidad, sino que se trata tan sólo de qué riesgos de los que se originan por el actuar técnico para la generalidad tienen que ser *asumidos jurídicamente* y cuáles no. Sobre esta cuestión decisiva se manifestó Scholz en otro lugar con semejante falta de claridad semántica, pero con un resultado inequívoco: el pretendido «efecto presuntivo respecto de los contenidos reales (?) de las normas técnicas» desencadenaría un «control contencioso-administrativo, limitado materialmente, de las decisiones jurídico-técnicas» (48), de modo que, a fin de cuentas, de una confusión de categorías conceptuales se destila un desplazamiento de competencias inconstitucional— a costa de los poderes legislativo y judicial, competentes para la creación y concreción de la norma, y a favor del ejecutivo sometido a la norma y de los operadores privados de la técnica, esto es, en última instancia, a favor de la industria.

Frente a ello, no puede existir ninguna duda de que la principal función de las reglas técnicas para el Derecho, en Derecho penal incluso la única, consiste en formular *exigencias de cuidado* en el desencadenamiento y dirección de procesos técnicos. Y también es indudable que precisamente por su carácter prescriptivo superan la condición de proposiciones científico-naturales y sólo por ello entran en consideración como objeto de remisión, por el hecho de que su contenido consiste en la *delimitación de la libertad de actuación del operador de la técnica frente al interés de la víctima potencial de la técnica de permanecer indemne*, y, por tanto, se trata de una resolución de conflictos sociales de intereses para la que están facultados, de acuerdo con nuestro ordenamiento estatal, el *legislador* y el *poder judicial*, que debe concretar las leyes, pero no el ejecutivo, ni mucho menos los operadores de la técnica, que representan a una

(47) *Op. cit.* (nota 45), pp. 695 y s.

(48) *Op. cit.* (nota 45), pp. 705-707.

de las partes del conflicto (49). En este sentido, por ejemplo, la «prevención de daños necesaria de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica», a la que se refiere el § 7, párr. 2.º, núm. 3 de la Ley de Energía Nuclear, no significa que deba quedar categóricamente excluida la posibilidad de daños, sino solamente que se reduzcan los riesgos por debajo de un nivel de relevancia (50) que sólo puede ser determinado mediante una *valoración* y, por tanto, no por la técnica, sino sólo por el Derecho.

VII. ¿LAS REGLAS TÉCNICAS COMO INSTITUTOS JURÍDICO-PROCESALES?

La ubicación sistemática que queda después de los anteriores razonamientos es la inclusión de las reglas técnicas en el *Derecho procesal*, defendida en dos modalidades distintas: como regla de valoración de la prueba o como informe pericial anticipado.

1. La posición más fuerte la adquirirían las reglas técnicas en el Proceso en caso de ser calificadas como auténticas *reglas de valoración de la prueba*, esto es, como *presunciones iuris et de iure* de la adecuación al deber de cuidado de aquellos comportamientos que las cumpliesen, como sucede en parte de la doctrina y a veces también en la jurisprudencia (51). Aparentemente, un ejemplo corriente para el penalista parece ofrecerlo en esta materia el límite en la prueba de alcoholemia (1,3 por 1.000) en el ámbito del § 316 StGB, que según la opinión dominante (52) constituye una regla procesal de valoración de la prueba, y en concreto una presunción *iuris et de iure* de incapacidad absoluta para la conducción de vehículos. Sin embargo, un análisis exacto de este ejemplo demuestra que su calificación como regla procesal de valoración de la prueba es incorrecta y que en realidad, como en el caso de todas las demás presunciones *iuris et de iure*, se trata de una interpretación jurídico-material en forma de subdefinición. Por un lado, en el ámbito del concepto de «incapacidad para la conducción» se trata de fijar un límite

(49) En este sentido también, de modo muy claro y acertado, MARBURGER, *Atomrechtliche Schadensvorsorge*, 1983, p. 122; *idem*, WiVerw 1981, pp. 249 y s.; OSSENBUHL, en: BLÜMEL/WAGNER (comp.), *Technische Risiken und Recht*, 1981, pp. 46 y s.; FELDHAUS, DVBl 1981, pp. 169 y ss.

(50) Cfr. por todos MARBURGER, *op. cit.* (nota 49), pp. 94 y ss. con referencias.

(51) Cfr. las referencias dadas por MARBURGER, *op. cit.* (nota 4), p. 401; KLOEPFER, *Umweltrecht*, 1989, pp. 57 y ss. con más referencias; *idem*, VerwArch 76 (1985), pp. 321 y ss.

(52) Cfr. HORN, *Blutalkoholgehalt und Fahruntüchtigkeit*, 1970, pp. 18 y ss.; HAFFKE, *Blutalkohol* 1972, pp. 34 y ss. Sin embargo, la situación podría ser distinta en el «suplemento de seguridad» (así lo ha advertido TRÖNDLE, FS f. Dreher, 1977, p. 119).

a efectos de clasificación dentro del concepto comparativo de «disminución de la capacidad para la conducción» (53), esto es, de establecer un corte cualitativo en un mundo de transiciones cuantitativas. Por otro, la perífrasis que para ello ofrece el BGH (*) de que la «capacidad psicofísica de todo conductor esté disminuida de tal manera y su personalidad global tan modificada que ya no pueda enfrentarse a las exigencias del tráfico mediante un comportamiento rápido, adecuado y final» (54), no contiene un núcleo de significado claro, que permita llevar a cabo una subsunción meramente semántica también en las zonas límite. Todo ello significa, en realidad, que sólo el límite cuantitativo de la alcoholemia es utilizado por el BGH, asumiendo tácitamente la técnica, difundida en el ámbito de las ciencias sociales, de *definición operacional de términos teóricos* (55), llevando a cabo una legítima y correcta operación de *concreción métrica* de la Ley. Por consiguiente, desde el punto de vista de una presunción *iuris et de iure*, a la remisión a normas técnicas le correspondería el mismo significado jurídico-material. Esto puede demostrarse de modo especialmente convincente con base en un supuesto de remisión que a primera vista parece ser meramente procesal: la remisión contenida en el Reglamento sobre Calidad de la Gasolina a la norma DIN 51600 también abarca, a través de una ulterior remisión, a la norma DIN 51750, que prescribe que para llevar a cabo la medición del octanaje medio en contenedores de más de cinco toneladas habrá de hallarse el valor medio de tres mediciones distintas efectuadas en distintas capas del tanque. Por ello, el Tribunal Superior de Hamburgo, en la sentencia reiteradamente citada, consideró que se trataba de una norma de valoración de la prueba, que restringía de modo inadmisiblemente la apreciación judicial de la prueba, que conforme al § 261 StPO (*) ha de ser libre. Sin embargo, esta interpretación era incorrecta, puesto que no existe ningún núcleo significativo del término «combustible súper» que sea independiente de las normas DIN 51600 y 51750; por consiguiente, el método de medición no fija la vía de conocimiento de la realidad, sino el mismo *contenido del concepto*, de modo que no se formula una regla de prueba, sino una *definición jurídico-material*.

(53) Respecto de la diferenciación entre conceptos clasificatorios y comparativos, cfr. desde un punto de vista general v. KUTSCHERA, *Wissenschaftstheorie I*, 1972, pp. 16 y ss.; KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, 1977, pp. 34 y ss.

(*) BGH, Bundesgerichtshof: Tribunal Supremo Federal (N.T.).

(54) BGHSt 21, p. 160.

(55) Cfr. por todos SEIFFERT, *Einführung in die Wissenschaftstheorie I*, 3.^a ed., 1978, pp. 190 y ss.; ATTESLANDER, *Methoden der empirischen Sozialforschung*, 4.^a ed., 1975, pp. 32 y ss.; BUNGARDT, *Operationalisierung eines Dispositionsbegriffs am Beispiel der Glaubwürdigkeit*, 1981, pp. 5 y ss.

(*) StPO, Strafprozeßordnung: Código Procesal Penal (N.T.).

La construcción dogmática de una «presunción *iuris et de iure*» a favor de la corrección de las reglas técnicas, no conduce, en consecuencia, por principio, al resultado que con ella se persigue, cual es el de desplazar el problema al Derecho procesal. Por lo demás, ello no modificaría ni en un ápice la *inconstitucionalidad* de la remisión dinámica, ya que, por supuesto, tampoco en el ámbito del Derecho procesal pueden transferirse válidamente a agentes privados ni las competencias de producción normativa del legislador ni las de concreción del poder judicial. En consecuencia, no es necesario seguir debatiendo si el juez penal podría verse vinculado por reglas de valoración de la prueba, válidamente promulgadas, en la constatación de la verdad material (lo que fue rechazado, probablemente de modo algo precipitado, por el Tribunal Superior de Hamburgo) (56).

2. También carece de ámbito de aplicación jurídico-penal la «teoría de la *presunción iuris tantum*», que en comparación es menos ambiciosa y que ha sido precisada por Marburger, en el sentido de suponer la existencia de una *regla sobre la carga de la prueba* a favor de la corrección de la norma técnica (57). Esta teoría debe descartarse porque en el Derecho penal, en *virtud de la Constitución, siempre rige el principio in dubio pro reo* (58), de manera que no existe ni espacio ni necesidad de una regla adicional sobre la carga de la prueba. Por lo demás, la teoría de la carga de la prueba, con independencia de lo anterior, tampoco resulta convincente fuera del ámbito del Derecho penal, como tampoco lo son los demás intentos de conservar en el ordenamiento, aparte de la remisión estática, una «función normativa residual» de las regulaciones técnicas. Pues naturalmente que también las normas relativas a la distribución de la carga de la prueba son verdaderas *normas jurídicas* (59); y la idea que evidentemente se oculta detrás de la teoría de la carga de la prueba, en el sentido de pretender que una ley que se formulase según el patrón «en caso de duda, a favor de la DIN» no constituiría una norma en blanco rellena mediante una remisión dinámica, es tan errónea como el intento de hacer pasar la referencia a una norma técnica, sin limitación a los casos dudosos, por un mero elemento del tipo y de esta manera «bagatelizarla» desde el punto de vista constitucional.

(56) Respecto de las auténticas reglas de valoración de la prueba en el proceso penal, cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 19.^a ed., 1985, pp. 79 y ss.; SARSTEDT, FS f. Hirsch, 1978, pp. 171 y ss.

(57) *Op. cit.* (nota 4), p. 401 con referencias; es escéptico respecto de su practicabilidad LUKES, en LUKES/BIRKHOFER, *Rechtliche Ordnung der Technik als Aufgabe der Industriegesellschaft*, 1980, p. 91.

(58) Cfr. por todos ROXIN, *op. cit.* (nota 56), pp. 81 y s.

(59) Cfr. ROSENBERG/SCHWAB, *Zivilprozeßrecht*, 13.^a ed., 1981, p. 689; LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, 1966, pp. 58 y ss.

3. De esta manera, de las calificaciones procesales de la norma técnica que se discuten, sólo queda la de *informe pericial anticipado*, que ha sido propuesta en Alemania por primera vez por Schäfer y Breuer (60), y que, desde entonces, ha ido ganando en aceptación (61). Sin embargo, esta idea puede resultar convincente, si acaso, respecto de una pequeña parte de las reglas técnicas, y ello por las mismas razones que han llevado a desechar la tesis de Scholz del carácter «no-prescriptivo» de las normas técnicas: como el perito no tiene la función de descargar al juez de la tarea de formar el juicio jurídico de valor, sino que solamente debe aportarle el *contexto empírico* a tener en cuenta (62), una regla técnica, desde el punto de vista de su estructura lógica, sólo podrá ser considerada como informe pericial con la condición de que el cumplimiento de la máxima de comportamiento en ella contenida conduzca a una *absoluta ausencia de riesgos* del proceso técnico que por ella se rige; ya que en este caso, después de haber sido eliminado el componente imperativo [«lo neústico» en el sentido de Hare (63)], queda el contenido empírico susceptible de ser calificado como informe pericial («lo frástico») en el sentido de que, en caso de aplicarse la medida de cuidado enunciada en concreto, se excluye la puesta en peligro de terceros. En aquellos casos, mucho más frecuentes, en los que las reglas técnicas persiguen no la eliminación total de los peligros que emanan de los procesos técnicos, sino sólo su *reducción* a una medida socialmente soportable, sólo la afirmación implícitamente contenida en la regla sobre la *idoneidad* para reducir el peligro de las precauciones por ella exigidas podrá ser conceptuada en consecuencia como afirmación empírica pericial, mientras que la parte de *valoración* adicional integrará el *imperativo* jurídico que debe ser for-

(60) SCHÄFER, *op. cit.* (nota 4), p. 121; BREUER, AÖR 101, p. 83.

(61) Cfr. sobre todo el BVerwG en la sentencia en el caso VOERDE, BVerwGE 55, pp. 250, 256 y ss.; numerosas referencias en MARBURGER, *Atomrechtliche Schadensvorsorge*, 1983, pp. 157 y s.; BREUER y NICKLISCH, en BÖRNER (comp.), *Umwelt-Verfassung-Verwaltung*, 1982, pp. 50, 179; NICKLISCH, NJW 1983, pp. 841 y ss.; escéptico SENDLER, UPR 1981, pp. 13 y s.; adoptan una posición contraria PAPIER y LUKES, en: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (comp.), *Bitburger Gespräche Jahrbuch 1981*, pp. 91, 128; KLOEPFER, *Umweltrecht*, 1989, pp. 57 y ss. con más referencias; *idem*, VerwArch 76 (1985), pp. 321 y ss.

(62) Cfr., sobre todo, SARSTEDT, NJW 1968, pp. 180 y ss.; RUDOLPHI, en SKStGB, § 20, núm. marg. 23; LANGE, en LK, §§ 20/21, núm. marg. 108; BGHSt 7, p. 238; 8, p. 118, con base en el ejemplo del enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad conforme al § 20 StGB.

(63) Respecto de la terminología, cfr. R. M. HARE, *Die Sprache der Moral* (traducción del inglés), p. 42; *idem*, *Freiheit und Vernunft*, 1973 (traducción del inglés), p. 42; STEGMÜLLER, *Hauptstromungen der Gegenwartsphilosophie I*, 6.^a ed., 1976, p. 520.

mulado exclusivamente por el legislador, y respectivamente, de manera subsidiaria, por el juez.

Una demostración especialmente clara de lo anterior la constituye la diferenciación introducida en el Derecho de la energía nuclear entre *puesta en peligro* (no permitida) y *riesgo residual* (64) (tolerable). Lo que la población debe aceptar como riesgo residual en un determinado ámbito técnico no debe ser fijado en función de una magnitud abstracto-estadística, ni debe ser dejado al arbitrio de los operadores de la técnica, sino que debe ser determinado concretamente por el Estado mediante *Ley* (esto es, por el legislador o por el juez que concreta la *Ley*) para cada uno de los sectores técnicos, en virtud de una valoración global, para lo cual deberán ponderarse, por ejemplo, la magnitud y la gravedad del daño que amenaza, las dimensiones y habitualidad del peligro, la disponibilidad y los costes de las medidas de aseguramiento de la fuente de peligro o de los que corren el riesgo, y la utilidad para la generalidad de la actividad peligrosa (65). Así como la «funcionalidad económica» de las medidas de seguridad en caso de actividades socialmente necesarias puede conducir a una limitación de los requisitos relativos al deber de cuidado cuando el riesgo residual es muy pequeño o resulta aceptable para la generalidad por otras razones (por ejemplo, por existir una larga habituación al riesgo), la valoración global, por otro lado, también puede conducir al resultado de que una puesta en peligro de nuevo tipo, cuyos efectos no son susceptibles de ser calculados y cuya eliminación no es posible por razones técnicas o no resulta conveniente («rentable») por razones económicas, no deba ser aceptada por la generalidad a pesar de las pocas probabilidades estadísticas de realización del peligro. Esto demuestra que la delimitación entre puesta en peligro y riesgo residual exige una *decisión* que debe tomarse de acuerdo con criterios normativos y para la cual las reglas técnicas en cuestión solamente tienen el *status* de «material a considerar», pero no el de informes periciales anticipados.

4. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, la relevancia procesal que le corresponde en realidad a las reglas técnicas, reside únicamente en *documentar la práctica de buena fe*, lo que se realiza a través de las regulaciones que aún no han quedado obsoletas. Esta función no debe menospreciarse, ya que aunque el juez, como se ha demostrado en particular anteriormente, no está vinculado jurídicamente a los consejos de los técnicos a la hora de concretar la medida

(64) Cfr. de la abundante bibliografía MARBURGER, WIVerw. 1981, pp. 248 y s.; *idem*, en *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (comp.), Bitburger Gespräche - Jahrbuch 1981, p. 41, en ambos casos con numerosas referencias ulteriores; OSSEN-BÜHL, *op. cit.* (nota 49), pp. 46 y s.; WAGNER, NJW 1980, pp. 668 y ss.

(65) Cfr. a este respecto ya LECKNER, FS f. Engisch, pp. 500 y s.; SCHÜNE-MANN, JA 1975, pp. 575 y ss.; MARBURGER, WIVerw. 1981, pp. 248 y ss.

del deber de cuidado, de todas maneras no podrá apartarse, naturalmente, sin una buena razón de la «racionalidad vivida y probada en la realidad de la vida diaria» que estas recomendaciones contienen, sino que deberá indicar las razones y formular los criterios explícitos conforme a los cuales considera insuficientes las reglas técnicas y en virtud de los que deberán ser sustituidas por otras exigencias más estrictas, que también deberá concretar. En este sentido, el juez deberá examinar, por ejemplo, si los intereses de los potencialmente afectados exigen una protección mejor de la que le concede la regla técnica, en cuya formulación, de acuerdo con las actuales estructuras institucionales, domina la industria y se hallan insuficientemente representados los usuarios y afectados (66). Y aunque el juez llegue por estas razones a plantear exigencias más rígidas al deber de cuidado, la función de las normas técnicas como documentación de la práctica de buena fe sigue siendo relevante desde el punto de vista procesal, en lo relativo al *tipo subjetivo* y a la *culpabilidad*: dependiendo de la estructura del delito en cuestión, deberá negarse el dolo o la reprochabilidad si el operador técnico se ha orientado con base en una norma técnica reconocida en el tráfico y cuya insuficiencia jurídica no había sido declarada con anterioridad por una resolución judicial.

5. Aun sin necesidad de confundir las categorías conceptuales o las competencias jurídico-constitucionales, la relevancia procesal de las reglas de la técnica sigue siendo considerable. Como diferencia esencial respecto de las concepciones aquí rechazadas, debe recordarse, sin embargo, que el legislador, y en su representación el juez, se encuentran *por encima* del poder de configuración social de instituciones sectoriales que representa la creación de regulaciones técnicas, ¡y no a la inversa!

VIII. LAS RESTANTES CATEGORÍAS JURÍDICAS Y SU DELIMITACIÓN

1. Los razonamientos hasta ahora expuestos han llevado a la conclusión de que la remisión legal a las reglas de la técnica únicamente puede ser calificada *alternativamente* o como *remisión estática* a una regulación técnica existente en el momento de promulgación

(66) Cfr. a este respecto sobre todo BRINKMANN, *Die Verbraucherorganisationen in der Bundesrepublik Deutschland und ihre Tätigkeit bei der überbetrieblichen technischen Normung*, 1976, *passim*; SONNENBERGER, BB 1985, pp. 4 y s.; WOLFENBERGER, *Die anerkannten Regeln der Technik («Baukunst») als Rechtsbegriff im öffentlichen Recht*, 1978, p. 99. En este ámbito, el juez —a diferencia de los casos en los que concurre una verdadera inversión de la carga de la prueba— también deberá llegar a tomar decisiones propias en casos dudosos.

de la Ley (y con ello, como *Ley penal en blanco* en sentido estricto) o como utilización de un *concepto jurídico indeterminado* que debe ser concretado por el juez en cada caso. Después de esta reducción de las categorías jurídicamente admisibles, es poco probable que se presenten problemas de delimitación, porque siempre que no pueda constatarse la voluntad del legislador a favor de una remisión estática, únicamente quedará la opción interpretativa a favor del concepto jurídico indeterminado.

2. En todo caso, puede pensarse en que aparezcan dudas si el legislador ha querido claramente una remisión dinámica, como por ejemplo en el § 1, inciso 2.º del segundo Reglamento de ejecución de la Ley de Economía Energética, porque la obligada interpretación conforme a la Constitución podría conducir o a una remisión estática o a la suposición de un concepto jurídico indeterminado. Lo correcto será dar preferencia, también en estos casos, a la variante del *concepto jurídico indeterminado*, ya que una remisión estática encierra el peligro de conducir a una petrificación de exigencias obsoletas y por ello no puede ser «atribuida» al legislador, y ello tampoco por la vía de la interpretación conforme a la Constitución.

IX. PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA REMISIÓN ESTÁTICA

1. El peligro, anteriormente mencionado, de petrificación de criterios de deber de cuidado obsoletos, por naturaleza afecta con especial intensidad a aquellos campos que se caracterizan por un desarrollo técnico vertiginoso, por lo que el legislador hará bien en renunciar en estos ámbitos a las remisiones estáticas. Por lo demás, la experiencia demuestra que la adaptación de las regulaciones técnicas al progreso técnico es casi tan lenta como el proceso legislativo estatal (67), de manera que con frecuencia se planteará la cuestión dogmático penal de si resulta posible imponer pena o multa administrativa en virtud de la inobservancia de una norma técnica incorporada a la Ley por remisión estática, pero *obsoleta* en su contenido. Creo que la solución radica en este caso en la dogmática del *delito de peligro abstracto*: como la lesión prohibida de una norma técnica como tal sólo fundamenta una puesta en peligro abstracta y como debido a la limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos, una acción que no afecte a la seguridad del bien jurídico, ni siquiera de manera mediata y ni siquiera por la posibilidad de que se produzcan efectos negativos, no puede ser merecedora de pena, debería poder aducirse en el caso de acciones *absolutamente inocuas*

(67) A modo de ejemplo respecto de las normas DIN 18168 y 4109, cfr. WEBER, ZfBR 1983, pp. 151, 154 y s.

ex ante (68) la reducción teleológica de los delitos de peligro abstracto que se propugna últimamente en la doctrina, también para fundamentar la ausencia de pena para vulneraciones de reglas técnicas obsoletas.

2. Por las mismas razones es preciso observar una especial precaución cuando se pretende fundamentar la *infracción del deber de cuidado* en el ámbito de un delito de resultado, como, por ejemplo, el § 230 o el § 222 StGB, en el comportamiento, peligroso en abstracto, de vulneración de una norma técnica a la que se hace referencia mediante una remisión estática. En este sentido, en primer lugar, se reconoce generalmente que la vulneración de la norma de comportamiento abstracta no implica necesariamente una falta concreta de diligencia, sino que en el mejor de los casos puede aportar un *indicio* de ello (69). Incluso este efecto indiciario deviene cuestionable cuando —como sucede en el § 3, párr. 1 inciso 2.º de la Ley sobre medios de trabajo técnicos (70)— se permite apartarse de las reglas de la técnica en caso de que «se garantice la misma seguridad de otra manera». Si además se tiene en cuenta que frecuentemente las normas técnicas publicadas han quedado superadas hace mucho tiempo por el desarrollo técnico (71), y si finalmente también se evalúa que, a causa del ya mencionado componente económico y de la insuficiente representación del usuario a la hora de fijar las regulaciones técnicas, existen exigencias normativas que exageran los requisitos de equipamiento en determinados productos en interés económico del productor (72), sólo queda como conclusión que la vulneración de una norma técnica abstracta aporta poco más que «material de evaluación mental» para la determinación de la concreta infracción del deber de cuidado en un delito de lesión. Probablemente sólo aparecerá una importancia práctica mayor en la determinación del tipo subjetivo y de la reprochabilidad en caso de que se trate de

(68) Fundamental a este respecto SCHRÖDER, ZStW 81 (1969), pp. 15 y ss.; cfr. además SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *op. cit.* (nota 8), núms. marg. 3 a, 4 previos al § 306; HORN, en SK-StGB, núm. marg. 17 previo al § 306; Arzt WEBER, *Strafrecht Besonderer Teil*, LH 2, 1983, p. 17; SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 798; esta cuestión no queda resuelta en BGHSt 26, p. 121.

(69) Cfr. por todos LENCKNER, FS f. Engisch, pp. 497 y s.; en el ámbito del Derecho civil MARBURGER, VersR 1983, pp. 603 y s.; cfr. además NICKLISCH, BB 1982, pp. 833 y ss.

(70) De 24-6-1968 (BGBl. I, p. 717), última modificación por la Ley de 13-8-1980 (BGBl. I, pp. 1310, 1357).

(71) Cfr. a título de ejemplo las referencias contenidas en la nota 67.

(72) Ejemplos de ello son la obligación de llevar botiquines en vehículos de motor, la introducción de puertas con cierre hacia el interior en los ascensores o la inspección especial de emisión de gases, casos en los que una relación adecuada entre la perspectiva económica y la evitación de riesgos sólo puede hallarse a través de un análisis muy exhaustivo.

una situación de partida tipificada y que el operador técnico deba ser protegido por ello en su confianza en la corrección de la norma.

3. En conclusión, la remisión estática a una determinada regulación técnica plantea en Derecho penal más cuestiones de las que resuelve. Por lo tanto, sólo puede considerarse realmente procedente esta técnica legislativa cuando se trate de la *estandarización de productos* y de aspectos similares de la «normalización» en sentido tecnológico estricto, como ocurre en la ya varias veces considerada Ley sobre Contenido de Plomo en la Gasolina.

X. PROBLEMAS DOGMÁTICOS DEL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO «REGLAS DE LA TÉCNICA»

Aunque con base en los razonamientos hasta ahora expuestos se concluye que la utilización de las «reglas de la técnica» como concepto jurídico indeterminado constituye la referencia más frecuente y, sobre todo, más importante en Derecho penal del legislador a supuestos de hecho técnicos, el espacio limitado de que dispongo me impide enfrentarme con la exhaustividad y precisión deseables con los problemas dogmáticos que ello conlleva. Por consiguiente, aquí sólo puedo exponer las consecuencias que derivan de las consideraciones fundamentales anteriormente mencionadas (73).

1. Teniendo en cuenta los fundamentos jurídico-constitucionales a los que se ha aludido reiteradamente, en realidad no admite ninguna duda determinar cuál es la instancia que está llamada exclusivamente a concretar el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador: por supuesto, el *Poder judicial*, quien se ocupa de esta tarea cotidianamente respecto de un número amplísimo de conceptos jurídicos indeterminados y que se encuentra protegido frente a intentos unilaterales de influir en su proceso de decisión por parte de grupos sociales poderosos, mediante la independencia judicial, garantizada personal y objetivamente (art. 97 LF). A los intentos de reclamar una excepción a este principio en el ámbito de la técnica, que han crecido en los últimos años de una manera casi inflacionista, debe contestarse con una negativa tajante, al carecer además los argumentos utilizados para ello, en parte, de toda fundamentación.

(73) Por ello, en el presente marco no puede entrarse a considerar problemas de tanta relevancia práctica e interés dogmático como, por ejemplo, la responsabilidad jurídico-penal del autor de regulaciones técnicas contrarias al deber de cuidado en caso de que causen un accidente (cfr. a este respecto LENCKNER, FS f. Engisch, pp. 504 y ss.) o el alcance de la ambivalencia normativa descubierta por TIEDEMANN (FS f. Schaffstein, 1975, pp. 195 y ss.).

a) Nicklisch no se ha cansado en los últimos años de afirmar que aquellos que en virtud de sus conocimientos técnico-científicos trabajan en el desarrollo de un sistema técnico también deberían efectuar continuamente las previsiones y (necesariamente) las valoraciones correspondientes, tarea para la que los tribunales no están ni técnica ni personalmente capacitados», de manera que el ordenamiento jurídico, al «remitirse a estándares técnicos, ha reconocido una competencia material originaria de los especialistas científico-técnicos, que no se limita a la determinación de hechos, sino que, en virtud de la estrecha conexión material existente, también se extiende a las previsiones y valoraciones correspondientes»; por ello, el aplicador del derecho, según Nicklisch, está vinculado a la opinión *mayoritaria* de los expertos técnicos y en consecuencia, como ésta cristaliza en las regulaciones técnicas, también a estas regulaciones técnicas (74).

Aunque son numerosos los seguidores y aliados de esta afirmación de Nicklisch, y aunque aparentemente aumenten de manera progresiva (75), ésta debe ser calificada sin rodeos como jurídico-constitucionalmente insostenible, dogmáticamente errónea y sociológicamente reaccionaria. Que es *jurídico-constitucionalmente* insostenible deriva de que conduce exactamente a aquel resultado que el legislador no debe perseguir, como hemos visto antes y de acuerdo con una opinión unánime, mediante la técnica legislativa de la remisión dinámica, porque ello supondría una delegación inadmisibles de competencias legislativas a corporaciones privadas. Por el contrario, si se parte del punto de vista de Nicklisch, carecería de sentido preguntarse por qué razón el legislador no podría ordenar con ayuda de la remisión dinámica lo que según Nicklisch de todas maneras ya rige de por sí, esto es, la vinculación del juez a la voluntad de las organizaciones de técnicos, controladas sobre todo por la industria. Lo erróneo desde el punto de vista dogmático en la tesis de Nicklisch resulta de la mezcolanza conceptualmente inexacta de lo empírico y lo valorativo que le impide ver la siguiente situación, en sí misma bastante simple: el cálculo de riesgos científico-natural y la cuestión acerca de si a los potenciales afectados puede *exigirseles* la asunción de ese riesgo, esto es, si los intereses de los operadores técnicos y

(74) NJW 1982, pp. 2637 y ss., 2638 y s.; *idem*, BB 1981, pp. 505 y ss., 511; *idem*, NJW 1983, pp. 841 y ss.; *idem*, en HABSCHIED (comp.), *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, 1983, pp. 336 y s.; *idem*, en FS für die Juristische Fakultät Heidelberg, 1986, pp. 231, 242 y ss.

(75) Cfr. por todos SOMMER, *Aufgaben und Grenzen richterlicher Kontrolle atomrechtlicher Genehmigungen*, 1983, p. 29; SCHOLZ, FS für die Juristische Gesellschaft Berlin (nota 45), pp. 706 y ss.; WAGNER, en GILLES (comp.), *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung*, 1983, pp. 322 y s.; sin embargo, adoptan una posición crítica, por ejemplo, MARBURGER, en BLÜMEL/WAGNER (comp.), *Technische Risiken und Recht*, 1981, pp. 29 y s.

de la generalidad a la que éstos proveen deben *prevalecer* sobre los intereses de la generalidad a la que posiblemente esté afectando de manera negativa, pueden y deben ser separadas sin más. Y desde la *perspectiva sociológica*, el punto de vista de Nicklisch es reaccionario, porque conduce a un *neocorporativismo* (76), que no solamente destruye la soberanía del Estado, sino que es, sobre todo, altamente unilateral, porque no conduce a una autorregulación de los problemas por los implicados, sino a una cesión de competencias a los operadores técnicos con la correspondiente pérdida de poder de los afectados por aquélla. Esta concepción, siendo radicalmente consecuente, además llega a afirmar que, en el ámbito de las cuestiones aún debatidas, toda posición que no haya sido claramente refutada debe considerarse defendible y por ello debe *tolerarse jurídicamente* (77), con lo que se despidió al Estado de su *obligación de proteger a sus ciudadanos* (78), concebida en la teoría del contrato social y fijada en los derechos fundamentales y, en última instancia, se crea, para la técnica moderna, y con ello sobre todo para la industria, un ámbito libre de intromisión judicial, que no se concilia con nuestro sistema democrático.

b) Menos aventurada, y por ello más sostenible desde el punto de vista dogmático, resulta la suposición de una limitación de la competencia judicial para conocer de la cuestión en virtud de un *ámbito de valoración* que correspondería al Ejecutivo. Esta tesis ha sido insinuada por el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia del caso Kalkar, pero dejando abierta la cuestión en última instancia (79). Se reconoce unánimemente que el art. 19 párr. 4 LF no prohíbe sin excepción la existencia de ámbitos de valoración de la

(76) Cfr. a este respecto v. ALEMANN, *Neokorporativismus*, 1981; v. ALEMANN/HEINZE, *Verbände und Staat*, 1979; HEINZE, *Verbandspolitik und «Neokorporativismus»*, 1981; en esta dirección también DÄUBLER, ZRP 1986, p. 45.

(77) En este sentido NICKLISCH, NJW 1982, p. 2641 y s.; CZAJKA, DÖV 1982, p. 108; MARBURGER, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 1984, p. 216; OVG Luneburg, DVBl 1982, pp. 34 y s. El error conceptual en este ámbito viene dado por el descuidado traslado del concepto jurídico de razonabilidad a las ciencias exactas, en las que entre distintas teorías rivales sólo una *puede* ser correcta, de modo que la responsabilidad para seleccionar una de ellas en una situación de desconocimiento no puede ser asumida por el técnico, sino sólo por el órgano estatal competente, y ello con base en criterios jurídicos (por ejemplo, principios de previsión o de proporcionalidad).

(78) Cfr. por todos BVerfGE 53, pp. 30, 57 y ss. (caso MUHLHEIM/KÄRLICH); BENDA, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 1981, pp. 869 y s.; GRAWERT, en FS f. Broermann, 1982, pp. 457, 477 y ss.; MARBURGER, Dictamen C para la 56.^a Conferencia de Juristas Alemanes (DJT), 1986, pp. 9 y s. con referencias; BREUER, en v. MÜNCH (comp.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 7.^a ed., 1985, pp. 549 y s.

(79) BVerfGE 49, pp. 89 y ss., 136, 140.

Administración pública (80), y que una ampliación cautelosa de las categorías ya admitidas en este sentido no resultaría inadmisibile *a limine* (81). Especialmente el Tribunal Federal Administrativo ha recurrido a este punto de vista en los últimos años con ocasión de procesos en los que se trataba de la concesión de autorizaciones para centrales nucleares. En el supuesto de que la autoridad administrativa exprese su interpretación de los requisitos necesarios de prevención de riesgos no sólo en la autorización individual, sino que las fije en forma de disposiciones administrativas generales, el Tribunal Federal Administrativo ha reconocido, en la así llamada sentencia Wyhl, una categoría propia denominada «disposiciones administrativas de concreción normativa», que según el Tribunal Federal Administrativo debe ser igual de vinculante para los tribunales que los reglamentos basados en una autorización legislativa expresa, a diferencia de lo mantenido por la teoría de las fuentes dominante en Alemania hasta el momento.

Esta concepción del Tribunal Federal Administrativo, que ha encontrado cierto apoyo en la doctrina, tiene una fundamentación seria desde el punto de vista dogmático y por lo demás, supone, según mis conocimientos, una aproximación a la situación normativa jurídico-constitucional en España, de acuerdo con la cual, si no me equivoco, se le reconoce al Ejecutivo un derecho originario a emitir normas administrativas de concreción legal. Sin embargo, y a pesar de todo lo anterior, *tampoco tiene futuro* esta idea de una nueva clase de ámbito de valoración de la «complejidad técnica».

En primer lugar, carece ya de un «fundamento interno» para su existencia: las cuestiones técnicas, en principio, son más fáciles y no más difíciles de enjuiciar que muchísimas otras cuestiones que se hallan sometidas a la plena competencia de conocer de los tribunales, porque las «duras ciencias empírico-naturales» que son aplicables, la física y la química, ofrecen respuestas con mucho más fiables que, por ejemplo, la economía o la psicología a la hora de valorar una limitación de la libre competencia o la retirada del permiso de conducir. Es por ello que en el pasado nunca se había pretendido conceder al Ejecutivo un ámbito de valoración en esta materia, aunque los problemas jurídicos de la técnica existían con anterioridad a esta construcción. De esta manera queda claro que todo el razonamiento, como demuestra su estereotipado punto de partida en la práctica (82),

(80) Cfr. por todos la exhaustiva exposición de SCHENKE en el *Bonner Kommentar* (segunda redacción), art. 19 párr. 4 núm. marg. 344 y ss.

(81) Cfr. a este respecto en particular SCHENKE, *op. cit.* (nota 80), núm. marg. 345 y ss. con numerosas referencias ulteriores.

(82) Esta causa, que hace notar de modo implícito o explícito en innumerables publicaciones de los últimos años, se manifiesta de modo especialmente claro en SCHOLZ, *op. cit.* (nota 45), pp. 693, 707, 710, 711 y s., 713 y s. Cfr. también

constituye una construcción *ad hoc*, insostenible desde el punto de vista dogmático, dirigida a limitar el pleno control judicial de las autorizaciones de las centrales nucleares; control que no se considera deseable por razones de índole política. Pero precisamente en este campo es totalmente irrenunciable la *plena posibilidad de sumisión al control judicial*, ya que, en primer lugar, peligra la neutralidad del control llevado a cabo por el ejecutivo, si tenemos en cuenta la estrecha conexión, documentada en la bibliografía, que existe entre las organizaciones de titulares de las centrales y la Administración (83), en segundo lugar, porque el potencial de riesgos que se ocultan en este ámbito hace aparecer como marginales a todos los anteriores problemas jurídicos de la técnica; y, finalmente, porque el retraimiento del legislador en este ámbito, que el Tribunal Constitucional Federal ha constatado (y aprobado), no debe servir para debilitar, sino para *dinamizar la protección de los bienes jurídicos* (84), por lo que *no* puede legitimar un ámbito de valoración libre de control judicial para el Ejecutivo. Y si se pretende reivindicar un ámbito de valoración de la Administración en el campo nuclear *precisamente* a causa de la incertidumbre extrema en la formulación de pronósticos (85), se estaría destruyendo, en última instancia, la base *jurídico-material* de cualquier ámbito libre de toma de decisiones, porque el peligro de producción de un daño de unas dimensiones inimaginables no debería ser asumido de ninguna manera en un campo en el que los pronósticos resultan difusos, por lo que, en consecuencia, *no* podría calificarse este peligro como «riesgo residual» a soportar por la generalidad.

De acuerdo con lo anterior, ya desde el punto de vista de los presupuestos dogmáticos, debe *rechazarse* el reconocimiento de un ámbito de valoración de la Administración en la aplicación de las reglas técnicas. Esto rige también en aquellos casos en los que la Administración misma emite normativas técnicas en forma de preceptos administrativos generales, como la Instrucción técnica en materia de aire conforme al § 48 BfSchG (*) y los «requisitos mínimos»

RONELLENFITSCH, en BÖRNER (comp.), *Umwelt Verfassung-Verwaltung*, 1982, pp. 14 y ss.

(83) Cfr., por ejemplo, KECK, en JANSSEN/KECK/WEBLER, *Technischer und Sozialer Wandel*, 1981, pp. 217 y ss.

(84) BVerfGE 49, pp. 89, 140.

(85) En esta dirección, OSSENBUHL, DVBl 1974, p. 313; SCHOLZ, FS für die Juristische Gesellschaft Berlin, p. 711; ARENS, en NICKLISCH (comp.), *Der technische Sachverständige im Prozeß*, 1984, p. 44; en contra de ello, acertadamente, ya SCHENKE, *op. cit.* (nota 80), núm. marg 353 y ss.; BREUER, DVBl 1978, pp. 32 y ss.; PAPIER, *op. cit.* (nota 61), pp. 89 y s.

(*) Bundesimmissionsschutzgesetz, Ley Federal de Protección frente a Inmisiones (N.T.).

en el sentido del § 7 a, párr. 1, inciso 2.º WHG (*). Pues la calificación de éstas como «preceptos administrativos de concreción de la norma con efectos *ad extra* dentro de los límites establecidos en la norma» realizada por el Tribunal Federal Administrativo en la sentencia dictada en el caso *Wyhl* (86) es igual de dudosa desde la perspectiva de la teoría de las normas como desde el punto de vista jurídico-constitucional (dada la regulación cerrada de la competencia de dictar reglamentos establecida en el art. 80 LF) (87). El reconocimiento de un ámbito de valoración conduciría, por lo demás, a consecuencias jurídicamente insostenibles, porque el proceso de toma de decisiones no puede restringirse —como es el caso, por ejemplo, en el ámbito de la valoración de un examen— a un determinado contexto procedimental, sino que para el caso de la posterior producción de un daño, necesariamente se halla sometido a la competencia ilimitada de conocimiento de los tribunales penales, por ejemplo, en el marco de un proceso penal por homicidio imprudente, de acuerdo con el § 222 StGB. Como la técnica de exigir la vulneración de *obligaciones juridico-administrativas* (88), utilizada por el legislador en varios tipos del Derecho penal de protección del medio ambiente, y, con ello, haciendo depender al juez en última instancia jurídico-materialmente de la decisión administrativa, *no rige* en todos los campos de la técnica, y como su influencia sobre los delitos de resultado de todas maneras es dudosa, en todos aquellos casos en los que la observancia de las reglas técnicas deviene penalmente relevante, no es admisible, desde el principio, restringir el conflicto de competencias a la relación autoridad administrativa/tribunal administrativo, restricción sin la que es impracticable la figura jurídica del ámbito de valoración. Por lo tanto, su utilización en el campo del Derecho de la técnica es improcedente también desde la perspectiva de sus consecuencias.

c) De acuerdo con lo anterior, no existe, *por principio*, limitación penalmente relevante de la competencia de conocimiento judicial en la aplicación de las reglas de la técnica; únicamente en algunos tipos especiales del Derecho penal del medio ambiente se produce un efecto similar y limitado a este campo de aplicación a causa de la utilización del elemento típico de la «vulneración de deberes jurídico-administrativos».

2. En consecuencia, los tribunales deberán *concretar* las reglas técnicas *caso por caso*, de la misma manera que concretan las reglas generales del deber de cuidado en cualquier delito imprudente. El

(*) WHG, Wasserhaushaltsgesetz; Ley de Recursos Hidráulicos (N.T.).

(86) BVerwGE 72, pp. 300, 320 y s.

(87) Cfr. por todos KLOEPFER, *op. cit.* (nota 51), p. 57.

(88) Cfr. los §§ 311 d, 325 y también los §§ 326 y ss., en los que, al incluirse el criterio de «apartarse de una licencia» se obtiene un efecto similar.

desarrollo de *criterios de ponderación* generales, que sean más que una mera yuxtaposición de los puntos de vista rectores (89) a los que ya se ha hecho referencia anteriormente de manera ejemplificativa, es uno de los objetivos dogmáticos más importantes en este campo, pero sólo podrá comenzarse con esta tarea tras una exhaustiva estructuración tipológica del material de casos, inexistente hasta el momento. El intento del Tribunal Constitucional Federal, inspirado por Breuer y que ha tenido una amplia resonancia, de afinar el instrumental dogmático disponible hasta el momento con una *teoría trifásica* (90), lamentablemente debe considerarse fracasado. El Tribunal mantuvo en este contexto que las «reglas técnicas generalmente reconocidas» (por ejemplo, § 323 StGB), como primera fase, simplemente remiten a la «opinión dominante entre los técnicos prácticos», teniendo, sin embargo, la desventaja de andar siempre a la zaga «del progresivo desarrollo técnico», mientras que al utilizarse la expresión «estado de la técnica» (por ejemplo, § 5 núm. 2 BImSchG) «se coloca el criterio jurídico de lo permitido y de lo prohibido al frente del desarrollo técnico», siendo, sin embargo, entonces «más dificultosa para las autoridades administrativas y también para los tribunales la determinación y la valoración de los hechos decisivos, al tener que tomar parte en la mayoría de las disputas de los técnicos», mientras que, finalmente, de acuerdo con la expresión «estado de ciencia y técnica», utilizada por el § 7, párr. 2 núm. 3 de la Ley sobre Energía Nuclear, deben «tomarse aquellas precauciones en prevención de daños que se consideren necesarias de acuerdo con los últimos conocimientos científicos (por lo que) las precauciones (en este caso) no se hallan limitadas por lo técnicamente factible en el momento actual» (91). La utilización *asistemática* de estos conceptos por parte del legislador, lleva a diferenciaciones casi grotescas, no tiene en cuenta los principios jurídico-constitucionales que hacen inadmisibles la remisión dinámica a normas privadas y tampoco conduce en sus resultados a la «dinaminación» que resalta el Tribunal Constitucional Federal, sino, al contrario, a un amplio socavamiento de la protección de los bienes jurídicos: Nicklisch ha apuntado que la utilización legislativa de las distintas formulaciones respecto de los estándares tiene su origen en casualidades históricas, de manera que en caso de utilizarse la «teoría trifásica» habría que exigir un mayor nivel de seguridad en las fijaciones de los remolques de vehículos que res-

(89) Cfr. *supra* en el texto correspondiente a la nota 65.

(90) Fundamental BREUER, AöR 101, pp. 67 y s.; en el mismo sentido la actual opinión dominante, cfr. MARBURGER, *op. cit.* (nota 49), p. 14 con ulteriores referencias; BÖRNER, DB 1984, pp. 813 y s.; PLAGEMANN/TIETZSCH, «*Stand der Wissenschaft*» und «*Stand der Technik als unbestimmte Rechtsbegriffe*», 1980, pp. 20 y ss.

(91) Así literalmente BVerfGE 49, pp. 135 y s.

pecto de los tanques de gas a presión (92). La remisión del TCF a la «opinión dominante entre los técnicos prácticos» respecto de «las reglas técnicas generalmente reconocidas» conduce a una incorporación dinámica de difusas normas prácticas al Derecho y vulnera por ello, como ya se ha expuesto anteriormente (93), tanto el mandato de determinación como el principio democrático. Y el desarrollo de la concepción del TCF, en el sentido de que sólo al llegar a la fase del «estado de ciencia y técnica» no se hallan «limitadas las precauciones necesarias por lo técnicamente factible en el momento actual» pospone la protección de bienes jurídicos en aras del interés en el desarrollo de una técnica que aún no se domina, trastocando profundamente el deber de protección del Estado. Ello no puede legitimarse, tampoco mediante el truco terminológico de hablar de «precaución» únicamente respecto del riesgo residual que el ciudadano de todas maneras debe soportar (94), porque a la hora de llevar a cabo la concreción de las reglas técnicas se trata precisamente de la cuestión material —cuya solución requiere una ponderación— de determinar cuál es el «riesgo permitido» que puede exigirse a la generalidad que soporte, y esta ponderación no debe prejuzgarse mediante ataduras terminológicas.

3. En consecuencia, «las reglas técnicas», «el estado de la técnica», o también «el estado de ciencia y técnica» son meras *variaciones lingüísticas de una misma idea fundamental*, cuyo contenido creo ver, como ya he indicado *supra* en VI.1, en la *observancia del deber de cuidado necesario en la utilización de la técnica*. Después de igualar dogmáticamente estas diferencias de formulación, que sólo han aparecido por casualidades terminológicas, se podrá proceder a fundar lógico-materialmente una estructura que no diferencie (como lo hace la teoría trifásica del TCF) entre una obsoleta «técnica del botijo» y reglas de deber de cuidado modernas, sino que establezca las diferencias con base en la *entidad* de la infracción del deber de cuidado, creando una relación coherente entre la magnitud de la infracción y la estructura del tipo, lo que exige, en el caso de que se anticipe la punibilidad al ámbito de la *puesta en peligro*, una impru-

(92) BB 1983, pp. 261, 264 y ss. con otros ejemplos. Cfr. también LUKES, en Gesellschaft für Umweltrecht (comp.), *Technik als Rechtsquelle*, 1980, pp. 36 y ss.

(93) *Vid. supra* V.

(94) Referencias respecto de esta terminología *supra* en la nota 64. Un ejemplo típico de la supresión terminológica de problemas lo ofrece la afirmación de SCHOLZ (en: FS für die Juristische Gesellschaft Berlin, p. 693) en el sentido de que el riesgo residual a soportar por el ciudadano y por la sociedad ha de «tomarse como presupuesto (!) natural (!)». Por el contrario, la relevancia jurídico-penal sólo finaliza en el momento en el que la «previsión» ya no se refiere a la defensa preventiva frente a riesgos, sino exclusivamente al reparto de espacios de libertad (cfr. a este respecto FELDHAUS, en Gesellschaft für Umweltrecht [comp.], *Technik als Rechtsquelle*, 1980, pp. 22 y s.; MARBURGER, *op. cit.* (nota 78), pp. 58 y ss. con otras referencias).

dencia *cualificada*, mientras que se mantiene el criterio de la imprudencia *habitual* para los *delitos de resultado*, para poder limitar así, en los comportamientos sin producción de resultado, el juicio de antijuricidad —siempre problemático— a los casos claros. Para una ulterior ejemplificación me remito a mi anterior estudio sobre el § 323 StGB, en el que interpreté la infracción de las «reglas técnicas generalmente reconocidas» como *imprudencia objetivamente grave*, teniendo así en cuenta la voluntad restrictiva del legislador, sin tener necesidad de recurrir a la calificación inconstitucional de remisión dinámica a normas sociales amorfas (95).

XI. CONCLUSIÓN

Este es el punto en el que debe interrumpirse un análisis dogmático de las reglas de la técnica. Respecto de las reflexiones anteriores, necesariamente críticas a causa de las imperfecciones de la opinión tradicional, quisiera apuntar, al concluir, que de ningún modo su estímulo motivacional se encuentra en una actitud de oposición a la técnica, ni siquiera de escepticismo frente a la técnica, ya que poco juicio se necesita para comprender que la solución de los problemas a los que se enfrenta nuestra sociedad y la humanidad, que sin duda se hallan codeterminados de manera decisiva por la «bendición y maldición» que es la técnica, no puede obtenerse mediante la renuncia a la técnica, sino sólo a través de la *técnica acertada*. Y como la selección de la técnica correcta es una *cuestión valorativa*, de cuya solución sólo es responsable el conjunto de la sociedad y, por tanto, el *Estado*, compete, en consecuencia, su análisis a la *ciencia del Derecho*; en última instancia no se trata de la dominación de la técnica por el Derecho, sino de su *incorporación al Derecho*.

Es incuestionable, con base en las anteriores reflexiones, que esta incorporación de la técnica al Derecho no debe poder efectuarse de manera vinculante —esto es, fundamentando un deber de aceptación de los demás ciudadanos— por los mismos operadores técnicos; los intentos de argumentación en sentido contrario que aparecen en la bibliografía no pueden ser defendidos seriamente. Por ello, la necesaria tarea de concreción de la Ley sólo puede ser realizada por un poder estatal, esto es, o por el poder judicial o por el ejecutivo,

(95) ZfBR 1980, pp. 162 y s. Esta interpretación no debe confundirse ni con el concepto alemán de «Leichtfertigkeit» (negligencia, N.T.), ni con el concepto estadounidense de «recklessness» (inconsciencia en el sentido de imprudencia, N.T.), en los que se presupone además un reproche de culpabilidad incrementado (cfr. MAIWALD, GA 1974, pp. 257, 259; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 2, 6.^a ed., 1984, p. 72; ARZT, *Gedächtnisschrift für Schröder*, 1978, pp. 119 y ss.; WEIGEND, ZStW 93 (1981), pp. 657 y ss.; DUFF, *Crim.L.R.* 1980, pp. 282 y ss.

siendo patente la tendencia de los tribunales contencioso-administrativos alemanes a rechazar la responsabilidad última, que perciben como demasiado pesada, cediendo al ejecutivo un ámbito de discrecionalidad mediante las figuras jurídicas del ámbito de valoración y de las disposiciones administrativas de concreción normativa. Sin embargo, esta nueva laguna en el control judicial del Ejecutivo ni me parece dogmáticamente convincente ni aceptable desde el punto de vista de la política legislativa, porque el Ejecutivo en este campo está claramente bajo la influencia de los grupos de presión de la industria, frente a la que únicamente los tribunales están protegidos mediante mecanismos institucionales. Por consiguiente, mientras el legislador no autorice expresamente al Ejecutivo a emitir reglamentos en el campo de la seguridad técnica, que deben ser publicados con requisitos formales similares a los de las leyes, en Alemania debe mantenerse que la decisión última le sigue correspondiendo a los tribunales. También han de ser de gran interés las experiencias que se hayan hecho en España, al tener un mayor ámbito de poder el Ejecutivo, y también aquí debe resolverse el problema fundamental de política legislativa: el de proteger al Poder ejecutivo frente a la infiltración de la industria por medio de grupos de presión.

