

***Minimizar desastres naturales***

-

Imagínese un riesgo natural para la vida de 1.000 personas. Lamentablemente, no es difícil hacerlo en la situación actual de la pandemia del COVID-19. La pregunta es si quien no puede neutralizar plenamente ese riesgo tiene, no obstante, el deber de disminuirlo en la medida de sus posibilidades, reduciéndolo a 950 personas. En realidad, aquí no se trata de disminuir riesgos, sino de neutralizarlos: hay 1.000 riesgos de muerte, de los cuales 50 no son neutralizables, pero 950 sí. ¿Qué ocurre si, por imprudencia, el garante no interviene en el momento adecuado y más tarde sólo se neutralizan 930? ¿Y qué, si, cuando interviene el garante, lo hace defectuosamente, de modo que no se neutralizan más que 920? La respuesta parece clara: si, de haber actuado en el primer momento y haberlo hecho correctamente, se podía haber evitado 950 muertes y al final sólo se han evitado 920, entonces se es responsable por imprudencia de la muerte de treinta personas. Está claro. Pero resulta que el riesgo natural ha determinado que hayan fallecido ochenta personas...

El tema no es nuevo y tampoco es específico de la dogmática de la omisión. En realidad, salvo error por mi parte, se planteó en primer lugar en el marco de los llamados *toxic cases* del Derecho civil de daños norteamericano.<sup>1</sup> Uno de los supuestos de responsabilidad que se plantean en el marco de la actividad industrial es el de la incidencia de una determinada patología en una comarca, antes y después de la implantación de una fábrica que vierte residuos tóxicos al aire o al agua. Si la tasa en la comarca, para el período temporal del que se trate, antes era de 10 fallecidos por leucemia y después pasa a ser de 12, cabe llegar a la conclusión, dadas todas las demás circunstancias, de que la muerte de dos de ellos le es imputable a los directores de la fábrica. Pero de nuevo: ¿de qué dos de los 12 fallecidos se trata? La incertidumbre en este punto parece imposibilitar cualquier solución desde la perspectiva de una teoría de la responsabilidad. Es verdad que el Derecho civil, dada su apertura a la cuantificación, permite algunas soluciones, lo que no quiere decir que estas no sean discutibles. Así, por ejemplo, se puede sostener que las dos indemnizaciones correspondientes a esas dos muertes no individualizadas sean, en todo caso, abonadas por la empresa y que se distribuyan porcentualmente entre los doce afectados, de modo que a cada uno le corresponda 2/12, esto es, 1/6 de la cantidad que se pague. Es verdad que los dos que hayan sido realmente afectados, en lugar de recibir 6/6, recibirán 1/6, mientras que los otros 10, en lugar

---

<sup>1</sup> Cfr. un artículo, ya antiguo, sobre este tema: DELGADO, «Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs», *California Law Review*, (70), 1982, pp. 881 ss.

de recibir 0, reciben cada uno 1/6. Pero no se advierte una solución mejor si se tiene en cuenta que todos ellos fueron expuestos a riesgo por la actividad de la empresa y que no se sabe de qué dos sujetos concretos se trata.

En realidad, el caso se resuelve sobre la base del mismo criterio utilizado en supuestos de incertidumbre del causante, y no del dañado. Por ejemplo, cuando una persona se ve afectada en términos lesivos por un producto defectuoso, pero no se sabe por cuál de las empresas que fabrican esa clase de producto.<sup>2</sup> En casos así, una solución es la responsabilidad de las empresas en virtud de la cuota de mercado que posean (*market share*).<sup>3</sup> En el que ahora nos interesa, la solución comentada vendría a ser algo así como una indemnización en la medida de la cuota que se ostenta con respecto a la comunidad de víctimas. El criterio, no obstante, sigue siendo polémico y, aparentemente, minoritario.

¿Y qué hacer desde una perspectiva de Derecho penal? Los casos de indeterminación del causante, aunque se circunscriba el círculo de los causantes posibles, son muy problemáticos, pues la responsabilidad penal no es divisible. En el caso más importante en la actualidad, muy discutido en Italia, que es el de la asbestosis (enfermedad del amianto), no se alcanza a determinar su incidencia en la muerte de un trabajador concreto, como consecuencia de una determinada patología respiratoria.<sup>4</sup> En cambio, los supuestos de ausencia de individualización de las víctimas de un único causante — u omitente— responsable pueden tener vías de solución. En efecto, en los *toxic cases* de responsable único se constata: (i) que un determinado factor constituye un riesgo *ex ante*; (ii) su efecto de incremento del riesgo *ex post* con respecto a un conjunto de posibles víctimas; y (iii) incluso su efecto lesivo para un subconjunto numéricamente identificado dentro de aquél. Esto significa que el problema no es de causalidad. En casos como el que he planteado puede estar perfectamente claro que todas las muertes se deben al factor causal F. Asimismo, puede estar perfectamente claro que ese factor F es el que debía haber sido controlado, en la medida de sus posibilidades iniciales, por un garante. Y, en fin, que el garante no lo ha controlado en los términos que habría debido (de tiempo, de medidas concretas). De haberlo controlado debidamente, habría salvado 950 vidas sobre las 1000 expuestas al riesgo, en lugar de 920.

En estos casos se observa la importancia que tienen los métodos epidemiológicos, bastante denostados en Derecho penal como medios para la determinación de la responsabilidad por los resultados. Es cierto que la epidemiología informa básicamente de probabilidades. Indica que un concreto factor causal da lugar a que el número de fallecidos se incremente en un 1/100 o que una medida sanitaria produce una disminución de un 1/100. Pero cuando se considera todo el campo de sujetos afectados (la población, en sentido epidemiológico), puede llegar a informar efectivamente de resultados lesivos. Concretamente, indica que, de 101 fallecidos, uno se ha debido al factor causal en cuestión, o a la omisión de la medida sanitaria. Desde luego, para extraer consecuencias jurídicas de ello es necesario además que no exista duda sobre la imputación del factor causal, ni sobre la imputación de la omisión a un determinado garante.

El único problema es, entonces, la indeterminación de la identidad de las personas a las que habría salvado el garante si hubiera actuado en los exactos términos de su deber de cuidado. Algunos

---

<sup>2</sup> En el caso resuelto por el Tribunal Supremo de California el 20 de marzo de 1980: *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

<sup>3</sup> Cfr. las referencias en SALVADOR CODERCH, «Causalidad y responsabilidad (2a edición)», *InDret*, (3), 2002, p. 4.

<sup>4</sup> Una cuestión especialmente interesante es la relativa al efecto acelerador del proceso natural de producción de la muerte que puede tener la exposición a un determinado producto tóxico con origen en la actividad industrial de una empresa determinada. Sobre el problema, en general, de los aceleradores, cfr. Eric A. JOHNSON, «Cause-in-Fact After *Burrage v. United States*», *Florida Law Review*, (68), 2016, pp. 1727 ss., 1746 ss.

consideran que este problema es insuperable. Sin embargo, no está clara la razón por la que quien causa —o no evita— por imprudencia (igual que por dolo) un número de muertes de sujetos individualmente indeterminados tenga que recibir un trato distinto de aquél que ha producido el mismo número de muertos, ahora de identidad conocida.<sup>5</sup> Se dirá que no es cuestión de identidad nominal, sino de identidad corporal. ¿En qué cuerpos se ha causado o —en nuestro ejemplo— no evitado la muerte por imprudencia? En todo caso, a una teoría jurídica de la imputación objetiva de resultados no le incumbe esa precisión experimental. Por lo demás, en contextos catastróficos, siempre va a existir un desconocimiento de la concreta corporeidad de las personas que no fueron salvadas como consecuencia de la imprudencia de los responsables de hacerlo. Así, la tesis que deniegue la posibilidad de construir una responsabilidad jurídico- penal por resultados lesivos a víctimas con determinación numérica, pero sin identificación individual, tiene que asumir una consecuencia difícil de aceptar. A saber, que en tales contextos no puede existir responsabilidad por las omisiones imprudentes de evitación de resultados de muerte. Expresado de otro modo, si no se evita la muerte de una persona, se responde. Si, sobre un campo de mil personas, no se evita la muerte de 950, sino sólo de 920, no se responde. En cierto modo, esta —a mi juicio— inaceptable conclusión recuerda aquella frase que se atribuye a Stalin, y en relación con la cual todo el mundo se rasga (con razón) las vestiduras: que un muerto es una tragedia y un millón, una estadística.

Jesús-María Silva Sánchez

---

<sup>5</sup> La discusión italiana sobre estos temas nos lleva años (por no decir décadas) de ventaja. Fundamentales MASERA, «Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale», *Diritto penale contemporaneo*, (3-4), 2014, pp. 355 ss.; ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, 2018. Ya MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica in diritto penale*, 2007, planteando la posibilidad de recurrir a la determinación alternativa (*Wahlfeststellung*). Ambos, con múltiples referencias.