

ANDRÉS FELIPE VEGA RAMOS

**LA RESPONSABILIDAD PENAL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS:
HACIA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN COLOMBIA.**

(Tesis de Grado)

Bogotá D.C., Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE GRADO

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestrosa Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

**Director del Departamento
de Derecho Penal:** **Dr. Jaime Bernal Cuellar**

Presidente de Tesis: **Dr. Jaime Bernal Cuellar**

Directora de Tesis: **Dra. Luisa Fernanda Caldas Botero**

Examinadores: **Dr. Camilo Iván Machado Rodríguez**

Dra. Carmen Eloísa Ruíz López

A mis padres, Alba Teresa y Vitelio.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO 1. LA TEMÁTICA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO	8
1.1 Generalidades del derecho penal económico y de la empresa frente a la responsabilidad penal por el producto.....	8
1.1.1 Antecedentes.....	8
1.1.2 Derecho penal económico.....	10
1.1.3 Derecho penal de la empresa	14
1.1.4 Criminal compliance	19
1.2 Bienes jurídicos en el derecho penal	22
1.2.1 Bienes jurídicos en el derecho penal clásico	24
1.2.2 Bienes jurídicos en el derecho penal económico	26
1.2.3 Bienes jurídicos colectivos	27
1.2.4 Bienes jurídicos intermedios	31
1.2.5 Críticas a la fundamentación del derecho penal económico a través del bien jurídico.....	33
1.2.6 La constitución económica y la constitucionalización del bien jurídico en el derecho penal económico.....	34
1.2.7 El bien jurídico protegido en la responsabilidad penal por el producto defectuoso	35
CAPÍTULO 2. IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL POR PRODUCTO DEFECTUOSO.....	40
2.1 Antecedentes.....	40
2.1.1 Alemania:.....	40
2.1.1.1 Contergan.....	40

2.1.1.2 Lederspray	43
2.1.1.3 Holzschutzmittel	45
2.1.1.4 Degussa	47
2.1.1.5 Conclusiones de la experiencia alemana.....	48
2.1.2 España	50
2.1.2.1 Colza	50
2.2 Evolución dogmática de los criterios de imputación objetiva en la responsabilidad penal por el producto.....	54
2.2.1 Riesgo jurídicamente desaprobado.....	54
2.2.2 Posición de garante.....	60
2.2.3 Principio de confianza	67
<u>CAPÍTULO 3. PRODUCTO DEFECTUOSO Y SUS IMPLICACIONES PENALES EN COLOMBIA.</u>	76
3.1 Marco constitucional de la protección a los consumidores	76
3.2 Definición de producto defectuoso y regulación en el derecho privado	78
3.3 La aplicación de la responsabilidad penal por producto defectuoso en el ordenamiento jurídico colombiano	84
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	105

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal por el producto es un tema novedoso y de gran discusión por la doctrina, principalmente por la continental europea, que toma cada vez mayor importancia por los casos que se han presentado y que retan al derecho penal moderno, por ejemplo, sobre cómo se puede imputar objetivamente la muerte o lesiones personales que se causaron a una persona por el uso de un producto que resulta defectuoso.

Cada día se habla más acerca de la protección al consumidor, máxime si se tienen en cuenta que fenómenos como la globalización, el comercio internacional y el comercio electrónico generan una exposición al consumidor a casi cualquier área del mercado. Aunque actualmente existe una regulación sólida de la protección al consumidor, tanto nacional como internacionalmente, existen situaciones donde la producción y/o distribución de productos defectuosos desbordan de manera desproporcional a las medidas previstas por el derecho privado y el derecho administrativo, y los efectos de aquellos casos que se presentan son inminentes: la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico *vida e integridad personal* de los consumidores.

En ese sentido, el derecho penal, de acuerdo con su carácter de *ultima ratio*, debe actuar con la finalidad de proteger esos bienes jurídicos para evitar que dichas conductas empresariales generen una afectación grave a los consumidores, so pretexto del ejercicio de la libertad de empresa y de la libre iniciativa privada. Por esto, la tesis que se propone busca analizar cómo han sido abordados los casos celebres de productos defectuosos desde la responsabilidad penal, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, para establecer como operaría el derecho penal colombiano frente a esta clase de casos que surgen del tráfico mercantil.

Para ello, se desarrollará la temática de investigación en tres capítulos, primero la introducción de la responsabilidad penal por el producto como materia de estudio del derecho penal económico y de la empresa, un segundo capítulo dedicado a exponer los casos relevantes de responsabilidad penal por el producto de Alemania y España con la finalidad de estudiar los criterios de imputación aplicables, y finalmente un tercero en el que se llegará al punto central de la tesis, indicar bajo que parámetros se puede predicar la responsabilidad penal por el producto defectuoso en Colombia, teniendo en cuenta la legislación interna.

1. LA TEMÁTICA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

1.1 Generalidades del derecho penal económico y de la empresa frente a la responsabilidad penal por el producto

1.1.1 Antecedentes

La doctrina sobre la responsabilidad penal por el producto es reciente. Inició aproximadamente desde la década de los 70's en Alemania, a través de la jurisprudencia, y tuvo acogida en otros países europeos como España. En un comienzo se pensaba que la responsabilidad penal por el producto era un campo de estudio exclusivo de la jurisprudencia por los casos que se suscitaran, dado que después de la Segunda Guerra Mundial comenzó un proceso de evolución tecnológica y científica en toda Europa que permeó el proceso de productividad empresarial. Pero lo cierto es que, a la par con el desarrollo del derecho penal económico como una subrama del derecho penal cada vez más relevante, la responsabilidad penal por el producto se ha convertido en materia de estudio de la parte especial del derecho penal económico, dentro de lo que más recientemente será conocido como el bloque de los delitos contra el mercado y los consumidores.

Los resultados típicos que causan los productos defectuosos y la consecuente responsabilidad penal es un tema de resorte del derecho penal económico; por esa razón se debe hacer una aproximación a su contenido. Sin embargo, antes de llegar al concepto de derecho penal económico, resulta importante

mencionar la evolución histórica sobre la existencia del tal derecho, ya que se han sostenido fundamentalmente tres posturas¹ que defienden su existencia.

La primera aborda el derecho penal económico desde una percepción procesal-criminalística, según la cual a raíz de delitos con carácter económico han surgido ciertas complejidades procesales, particularmente en materia probatoria, que han hecho replantear la justicia y el derecho penal tradicional². Con respecto a la justicia se dice que frente a dichos delitos hay que mejorar al personal, los recursos disponibles y la organización en la investigación del *iter criminis*. En relación con el derecho penal, cuestiona su visión tradicional, porque resulta necesario dar paso a un derecho penal de prevención y de intervención en la economía, en el que su espectro no se restringirá únicamente a los delitos contra el patrimonio económico, sino también dando cabida a los delitos financieros, delitos empresariales y societarios, y al derecho penal de quiebras.

Frente a dicha posición, surge una segunda postura que se ocupará del estudio del derecho penal económico desde una visión criminológica. Esta postura es la más admitida en la doctrina³ dado que plantea que determinados delitos económicos generan efectos particulares en el autor y en la víctima.

Sobre el autor de la conducta punible, se resalta que es una persona que goza de cierta reputación social, que desarrolla sus principales actividades en el tráfico económico-mercantil, y por ello abusa de su posición. Y adicionalmente, porque se trata de delitos especiales, en lo que su comisión generalmente

¹ Cfr. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 55.

² *Ibidem*, pp. 56.

³ Véase a PEREZ DEL VALLE, Carlos. "Introducción al derecho penal económico" AA.VV. BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, pp. 19.

necesita de un sujeto activo cualificado⁴. Los efectos en la víctima, de manera generalizada, pueden resumirse en que se produce una perturbación en la confianza, la cual es institucionalizada al derivar de unas entidades e instrumentos económicos esenciales.

Finalmente se encuentra la tercera postura, la cual entiende al derecho penal económico desde una óptica jurídico-dogmática, y dice que su fundamento se sienta en los bienes jurídicos y su objeto de tutela. Afirma que el derecho penal económico trata bienes jurídicos especiales supraindividuales, que se derivan de figuras tales como el sistema crediticio, el sistema financiero, que son de interés tanto público como privado. Así mismo, propone que el derecho penal económico sea el encargado de la protección de los instrumentos del tráfico económico⁵, como la contabilidad, la informática, los medios de pago y los medios de negociación.

Una vez realizado este recuento de las posturas que fundamentan la naturaleza del derecho penal económico, es momento de ver como este ha sido definido, para dar una visión mucho más aproximada de la relación entre esta rama del derecho y la responsabilidad por el producto.

1.1.2 Derecho penal económico

Desde el objeto de protección, BAJO define al derecho penal económico como aquel conjunto de normas jurídico-penales⁶ que protegen el orden económico⁶.

⁴ Como el delito de uso de información privilegiada, más conocido en inglés como *insider trading*, que de acuerdo con lo tipificado en el artículo 420 del Código Penal, es aquel cometido por “*El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública (...)*”.

⁵ Cfr. TIEDEMANN. Klaus. op. cit. pp. 59.

⁶ Cfr. BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO. Silvana. *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2001, pp. 29.

GARCÍA CAVERO define al derecho penal económico desde su función como aquel que busca restablecer la defraudación de expectativas sociales derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad y la economía⁷.

Por su parte, MARTÍNEZ DE BUJÁN de forma genérica define al derecho penal económico como un interés criminológico plausible para agrupar cierto tipo de hechos punibles económicos para su tratamiento dogmático⁸.

Con base en las anteriores definiciones se puede afirmar que los citados autores parten de las posturas de fundamento del derecho penal económico para llegar a su conceptualización.

Ahora bien, desde una visión moderna se ha denominado al derecho penal económico como el *white collar*, la criminalidad económica de los poderosos, de cuello blanco⁹. Esta denominación la ha realizado la criminología moderna, cuyo enfoque es estudiar la criminalidad económica desde el autor y no desde el delito. Sobre el concepto de delito de cuello blanco, SUTHERLAND lo define como aquella conducta punible cometida por una persona de respetabilidad y estatus social alto, en el curso de su ocupación¹⁰. Bajo la criminalidad económica se estudian los fenómenos de criminalidad organizada, corrupción y la empresa.

Esta corriente criminológica se empeña en desvirtuar el pensamiento de criminología tradicional según el cual la comisión de un delito está relacionada con factores socioeconómicamente bajos del autor tales como la pobreza o la marginalidad, y busca demostrar que este factor es indistinto en la comisión de

⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2003, pp. 37.

⁸ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 100.

⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Is "white collar crime", crime?*, American Sociological Review, 1945, pp. 132-139.

¹⁰ Cfr. SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco. White collar crime. The uncut version*, B de F Euros Editores, 2009, Argentina, pp. 9.

delitos y que, en cambio, la clase socioeconómicamente alta participa en muchas conductas delictivas, las cuales eso sí, serán diferentes¹¹.

Entonces dentro del corte tradicional, una definición más completa del derecho penal económico sería la de considerarlo como aquella subrama¹² del derecho penal que, como conjunto de normas jurídicas, protege el orden económico¹³, los instrumentos económicos y la confianza en el tráfico económico¹⁴. Realizada esta delimitación conceptual, es posible afirmar que la relación entre derecho penal económico y responsabilidad por el producto defectuoso se edifica de forma principal en la protección de la confianza en el tráfico económico por parte de los consumidores, de los que se presume adquieren el producto de buena fe ante el productor, y que depositan esa confianza por el *good wheel* de la empresa fabricante, por lo que merecen una tutela especial por su relación de inferioridad, la cual se materializa cuando se ponga en peligro sus bienes jurídicos.

Si bien es cierto que las calidades del producto van correlacionadas recíprocamente con el precio, bajo la dinámica que determina la ley de oferta y demanda en el tráfico mercantil, ello no es óbice para que el consumidor pueda exigir unas calidades mínimas en el producto.

¹¹ SUTHERLAND considera que serán diferentes porque “(...) *no se les ha incluido en el campo de las teorías de conducta, porque los procedimientos administrativos y judiciales les han sido diferentes para estas violaciones a la ley penal que para otras infracciones penales, y porque (...) el público no tiene el mismo sentimiento de rechazo hacia los delitos de cuello blanco que respecto de algunos crímenes graves*”, entre otras. SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*, op. cit. pp. 84-85.

¹² El derecho penal económico no es una rama autónoma del derecho, sino que adhiere a los principios rectores derecho penal. En ese sentido RAMIREZ BARBOSA, Paula; CASTRO CUENCA, Carlos. *Derecho penal económico*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2010. pp. 39.

¹³ Cfr. BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO. op. cit. pp. 29.

¹⁴ Cfr. TIEDEMANN. Klaus. op. cit. pp. 59.

Es precisamente a través de la intervención estatal en la economía¹⁵, que se protege al consumidor y se le garantizan unos derechos mínimos, como la salud e integridad personal, para que este no se encuentre desprotegido en virtud de la relación de subordinación que existe en el consumidor frente al empresario. Por lo tanto, si bien se predicen principios como la iniciativa privada y la libertad de empresa, estos tienen límites que se enmarcan en la función social de la empresa¹⁶, lo que conlleva a proteger la salud de los consumidores mediante una serie de medidas estatales, desde administrativas en la mayoría de los casos, y en menor medida el uso del derecho penal.

Por lo tanto, cuando frente a un caso concreto, las medidas administrativas no resultan suficientes para proteger la salud e integridad de los consumidores por el uso de productos que son defectuosos, y generan resultados lesivos a dichos intereses protegidos jurídicamente, el derecho penal tendrá que regular esta situación anormal del mercado, pues si se verifica que hubo un resultado típico -piénsese en lesiones personales u homicidio- habrá además una puesta en peligro de dichos bienes jurídicos frente a los consumidores potenciales de ese producto.

¹⁵ Reza el artículo 334 de la Constitución “*La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. (...)*”

¹⁶ Al respecto la jurisprudencia constitucional: “*La Corte ha avalado la imposición de requisitos para el ejercicio de las actividades económicas, siempre y cuando sean razonables y proporcionados. Por ejemplo, en la sentencia C-352 de 2009, la Corte consideró que se ajusta a la Carta la exigencia de requisitos sanitarios para el funcionamiento de establecimientos de comercio abiertos al público. En criterio de la Corporación, tales requisitos son razonables, pues encuentran fundamento en la promoción del bien común y en el desarrollo de la función social de la empresa, especialmente en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios*”. Corte Constitucional, Sentencia C-263 del 2011, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

En síntesis, el derecho penal económico es la subrama del derecho que permite que el derecho penal tenga cabida en los productos defectuosos en los casos más severos, donde se vulneren los bienes jurídicos a la vida e integridad personal, por lo que se trata de una relación de medio (derecho penal), a fin (bienes jurídicos de los consumidores), claramente establecida.

1.1.3 Derecho penal de la empresa

Es necesario resaltar la importancia del derecho penal de la empresa, una acepción mucho más específica y de aplicación concreta, que resulta pertinente en el estudio de la responsabilidad penal por el producto, en especial frente a la teoría del delito aplicada a cuestiones empresariales.

El derecho penal de la empresa es el área que se ocupa de analizar los delitos que se realizan en el ámbito empresarial y societario, y cuyo estudio busca principalmente abordar la problemática de la responsabilidad penal de los individuos que actúan bajo la organización y actuación de una persona jurídica¹⁷, la empresa.

Este tipo de derecho penal tiene dos focos de estudio¹⁸, a saber: la teoría del delito empresarial y la teoría de la pena empresarial. Sobre el delito empresarial, se dedica a la imputación objetiva y a las dificultades que se presentan en los criterios de imputación tradicionales. Respecto de la teoría de la pena empresarial se indaga acerca de cómo es posible hacer efectivos y eficaces los fines de la pena en el ámbito empresarial.

La diferencia entre derecho penal de la empresa y derecho penal económico es que el primero “*se fundamenta en la dificultad de individualizar la*

¹⁷ Cfr. RAMÍREZ BARBOSA, Paula; CASTRO CUENCA, Carlos. *Derecho penal económico*, op. cit. pp. 35.

¹⁸ Cfr. GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico*, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 48-52.

responsabilidad de aquellas personas que actúan en representación de las personas jurídicas” mientras que el segundo *“tiene por objeto tutelar el sistema económico adoptado constitucionalmente por un estado”*¹⁹. Lo cierto, es que si bien estos dos tipos de derecho penal parecen estar separados, existen materias como la de que se ocupa esta tesis, en la que los conceptos tienen relación y por tal deben ir de la mano.

Por su parte, el derecho penal de la empresa es en el que se enmarca la responsabilidad penal por producto desde el punto de vista dogmático. Esto, debido a que la imputación de hechos delictivos en el ámbito empresarial no corresponde a los criterios tradicionales de imputación, en la medida en que estos se originaron con base en la delincuencia individual²⁰.

En efecto, a través del derecho penal de la empresa se estudia la autoría y participación en los delitos cometidos a través de la empresa, que enfrenta problemas no compatibles con los criterios tradicionales de imputación, pues la estructura y el nivel de decisión de una empresa o de un grupo empresarial son totalmente diferentes a la forma de decisión de un individuo; a continuación se enunciarán algunas problemáticas del derecho penal en tratándose de la responsabilidad penal por el producto en el ámbito empresarial:

i) La imputación objetiva, cuando hay delegación de funciones en la empresa para facilitar la operatividad de la misma, por ejemplo la delegación de la función de control de calidad y seguridad del producto, del gerente comercial hacia el jefe de planta. En particular, si cuando una función es delegada por un individuo (delegante) a otro (delegatario) y, este último en ejercicio de su función incumple deberes exigibles al delegante generando la vulneración de bienes jurídicos, surgen las siguientes problemáticas: ¿es posible imputarle

¹⁹ Ídem.

²⁰ Cfr. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Olejnik, 2017. pp. 127-131.

objetivamente tal omisión al delegatario, pese a que dicho deber no era de su competencia primigenia?, ¿la responsabilidad penal se traslada del delegante al delegatario? En estos casos, la doctrina mayoritaria²¹ indica que hay un traslado de deberes, por tanto, un traslado de la responsabilidad penal del delegante al delegatario. Sin embargo, al delegante le corresponde ejercer deberes de *control, supervisión y vigilancia* respecto de las actividades trasladadas, pues de lo contrario podría ver comprometida su propia responsabilidad penal²².

ii) La imputación objetiva y la adecuación entre autoría y participación, cuando la conducta reprochada se dio con ocasión del poder decisorio de órganos colegiados²³ de una empresa como la junta directiva²⁴, por ejemplo la conducta de mantener en el mercado un producto del que se tiene noticia que es defectuoso²⁵.

²¹ Cfr. ESCOBAR VÉLEZ, Susana. *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 140, FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. op. cit. pp. 171; IÑIGO CORROZA, María. *La responsabilidad del fabricante por defectos de sus productos*, Bosch, Barcelona, 2001.

²² ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit. pp. 140-141, FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. op. cit. pp. 182-184.

²³ En Colombia los órganos sociales más relevantes en materia de decisión y administración son la asamblea de accionistas para las sociedades de acciones, la Junta de Socios para las sociedades de responsabilidad limitada y en comandita simple; y la Junta Directiva para las sociedades en que es obligatorio o en las que siendo facultativo se contemple en los estatutos. La decisión relativa a la producción y comercialización del producto normalmente estará en cabeza de la Junta Directiva de la sociedad, sin embargo esto depende del tipo societario del que se trate y según las funciones de los órganos sociales de acuerdo a lo previsto en los estatutos. CASTRO y OSPINA opinan “*En todo caso, siempre deberá distinguirse quién tenía la facultad de adoptar la decisión dentro de la persona jurídica con el objeto de determinar quién responde por ella*”. CASTRO CUENCA, Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita. *Derecho penal societario*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2018, pp. 22.

²⁴ VAN WEEZEL afirma “*Las decisiones en cuanto a la producción y distribución, así como las relativas a un eventual retiro del producto, sólo pueden ser adoptadas por este órgano*” VAN WEEZEL, Alex. “Autoría y responsabilidad por el producto: ¿Participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?”, AA.VV. *Derecho Penal y Sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación*, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 296.

²⁵ El tema sobre la decisión de la Junta Directiva de suspender la comercialización del producto defectuoso y retirarlo del mercado se abordará más adelante en las páginas 68, 101 y 102.

Frente a la imputación objetiva, el principal problema es establecer quiénes tienen posición de garante en la reunión de un órgano colegiado en el que se decide la conducta reprochable penalmente. La doctrina señala que tendrán posición de garante aquellos que miembros del órgano que cuentan con voz y voto, ya que su voto en caso de sumar la mayoría exigida sería decisivo en la decisión empresarial que resulta reprochable²⁶.

Respecto a la autoría y participación, de acuerdo a lo anterior, la problemática sería: ¿aquellos miembros de un órgano colegiado que se abstienen de votar en la decisión corporativa penalmente reprochable, podrán ser penados y a qué título? Para resolver este cuestionamiento la doctrina indica *“quienes no voten a favor pero no impidan el delito podrán responder, como autores o como partícipes, si se trata de uno de los delitos respecto a los que tienen un deber de garantía -que no comporta la vigilancia de sus colegas-, y como partícipes, si no tienen tal deber pero se trata de un delito imputable a la persona jurídica”*²⁷.

iii) Determinar si la conducta típica se trata de una responsabilidad penal individual, o si por el contrario se trata de un delito propio de la persona jurídica, en los ordenamientos que prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo que le corresponde al operador jurídico analizar si se trata del dolo y culpabilidad de una persona natural, o el de una persona jurídica, pues en uno u otro caso serán diferentes²⁸ y de allí deriva la consecuencia de la punibilidad, la cual también varía²⁹.

²⁶ Se advierte por parte de este sector doctrinal *“En este sentido parece claro que tendrán responsabilidad penal aquellos administradores de los que se pruebe plenamente que han votado a favor de la resolución directiva, y que en principio no la tendrán quienes no lo hayan hecho, sea porque no han acudido a la sesión, sea porque se hayan abstenido o sea porque hayan votado en contra”* LASCURAÍN SANCHEZ, Juan; NIETO MARTÍN, Adán; y otros. *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Dykinson, 2018, pp. 111-112.

²⁷ *Ibidem* pp. 127.

²⁸ Frente a la acción u omisión de las personas jurídicas la doctrina señala *“Se reconoce la capacidad de acción de las personas jurídicas como destinatarias de las normas jurídicas en cuanto que pueden producir los efectos exigidos por dichas normas; de ello se deduce, al mismo*

Lo anterior, sin perjuicio de que puedan concurrir responsabilidades tanto de la persona jurídica como de la persona natural, situación que se presenta en los modelos de responsabilidad de la persona jurídica de “*transferencia*”³⁰, en virtud del cual la persona jurídica será penalmente responsable por la responsabilidad penal que una persona natural le ha transferido³¹.

Por lo visto, estas problemáticas no se pueden solucionar por los criterios tradicionales de la teoría del delito³², por lo que con el derecho penal de la

tiempo, que pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar ‘acciones’ (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que ‘se expresan’ a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son —al mismo tiempo— ‘acciones de la persona jurídica’ (también el coautor y el autor mediato responden de su propio acto aunque éste se realice total o parcialmente a través de otro)” CASTRO CUENCA, Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita. op. cit. pp. 33. Por su parte, frente a la culpabilidad de las personas jurídicas se ha explicado con la teoría del defecto de organización, según la cual lo reprochable es que la empresa haya omitido los deberes de vigilancia y control de su propia organización para evitar la comisión de delitos. Véase TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant Lo Blanch, 2010.

²⁹ Mientras que para la persona natural las penas principales serían la de prisión y la de multa, para las personas jurídicas lo sería la de disolución o cancelación de la persona jurídica.

³⁰ Principalmente existen dos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el de *transferencia* y el del *hecho propio*. Al respecto véase SILVA SANCHEZ, Jesús. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, B de F, 2013, pp. 254 y ss.

³¹ En el Código Penal español, la transferencia se contempla principalmente, en el artículo 31 bis literal a, que consagra que las personas jurídicas serán penalmente responsables “*De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*” así como en el 31 ter numeral 2 que advierte expresamente sobre la concurrencia de responsabilidades “*La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Las subrayas son de este texto y no del original.

³² CASTRO y OSPINA con razón señalan “*La criminalidad económica no es cometida por una sola persona, pues se desarrolla en el ámbito de empresas y otros colectivos. Al tratarse de delitos cuyo ámbito principal es la empresa, la determinación de los sujetos responsables no resulta del todo fácil, ya que se plantean peculiaridades relacionadas con la delimitación del círculo de sujetos que tienen asignados en el organigrama empresarial las diversas funciones cuyo incumplimiento o abuso puede concluir en la comisión de un delito económico. En este sentido, Tiedemann señala la existencia de cuatro áreas especialmente problemáticas en la determinación de la autoría y la participación en los delitos económicos: el ámbito de responsabilidad en el nivel vertical a través de la delegación; en el nivel horizontal, el actuar por otro y la responsabilidad de las empresas*”. CASTRO CUENCA, Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita, op. cit. pp. 21.

empresa se crean modelos y figuras que dan soluciones, por lo menos desde el punto de vista formal, a dichas problemáticas en el ámbito empresarial.

En conclusión, la relación entre derecho penal de la empresa y responsabilidad por el producto será que la problemática de los productos defectuosos es propia del ámbito empresarial, por lo tanto se enfrenta a los retos del derecho penal de la empresa en materia de imputación objetiva y la delimitación de la autoría y participación, asuntos que se abordarán a profundidad en los siguientes capítulos.

1.1.4 Criminal compliance

Un último concepto, el más reciente, que confluye con el derecho penal económico y derecho penal de la empresa es el del *criminal compliance*. Se puede entender como un mecanismo de autorregulación de intereses e inclusive como de autorresponsabilidad, en el que las empresas toman medidas de prevención del delito; para el caso de la responsabilidad penal por el producto el *criminal compliance* adquiere un papel relevante luego de que la jurisprudencia³³ exigiera ciertos deberes para evitar resultados lesivos a los consumidores por los productos defectuosos, y ante su incumplimiento declaraba la responsabilidad penal del fabricante además del pago de elevadas sumas de dinero. Dicha situación obligo a las empresas a tomar medidas de prevención, especialmente frente a la introducción de productos nuevos al mercado.

Es necesario precisar que, el concepto genérico de *compliance* significa “comportamiento conforme a derecho”, y se usa tanto en la medicina como en el derecho, especialmente en el derecho penal y en el derecho corporativo. En sentido estricto y frente al *criminal compliance* utilizado en derecho, ROTSCH

³³ Sentencia del Tribunal Superior Federal Alemán (BGH) del 06 de julio de 1990, que confirmó el fallo del Tribunal de Distrito de Mainz (LG Mainz).

indica que se trata de la serie de medidas prácticas³⁴ que se toman en las empresas y en las entidades públicas³⁵ para anticiparse a la responsabilidad penal, en especial en cuanto a criminalidad económica, que se logra a través de la seguridad en el direccionamiento y gestión empresarial³⁶.

En el presente trabajo se considerará que el *criminal compliance* es una alternativa adecuada de política criminal para evitar la represión penal por el producto defectuoso. Esto en la medida en que ciertos mecanismos propios del *cumplimiento regulatorio* ayudarían a prevenir que se causen resultados típicos a los consumidores con el uso de productos defectuosos, cuando se apliquen de manera idónea en el ámbito empresarial. Por lo tanto, el *compliance* está relacionado con los productos defectuosos, en la medida en que su correcta implementación dentro de la empresa busca prevenir que se incurra en responsabilidad penal por productos defectuosos.

Como primera medida están los *códigos de ética y buen gobierno corporativo*, en los que deben encontrarse claramente definidos los roles de cada persona dentro del funcionamiento de la empresa, qué decisiones respecto de la comercialización o distribución de un producto están sometidas a la junta directiva, o al representante legal, así como los cargos y funciones respecto del control de calidad del producto, sanidad, salubridad y seguridad. También deben encontrarse procedimientos internos en caso de que se tenga noticia de que el producto de la empresa esté generando afectación en la salud de los consumidores, y deban contemplarse medidas preventivas al respecto. Así mismo, deben contener principios éticos orientadores para los *internal*

³⁴ ULRICH menciona ciertas medidas como “*programas de cumplimiento, risk management, value management, y corporate governance, así como business ethics, integrity codes, codes of conduct y corporate social responsibility*”. ULRICH, Sieber. “Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität” AA.VV. *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, Trad. Manuel Abanto Vásquez, pp. 64.

³⁵ En especial en materia de contratación estatal.

³⁶ Cfr. ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2010, Trad. Ivó Coca Vila, Universidad Pompeu Fabra, pp. 614-617.

*stakeholders*³⁷ de la empresa, en los cuales se establezca que la salud del consumidor prima frente a las necesidades empresariales.

Otra medida adecuada para los productos defectuosos en la empresa son los *risk management*, conocidos en español como programas de manejo de riesgos, respecto de los cuales “*la función es básicamente la evitación de los riesgos legales y reputacionales y generar valor de empresa*”³⁸. Pues bien, dichos programas pueden aplicarse a los procesos de producción, distribución y comercialización de los productos de empresa para minimizar el riesgo de generar resultados lesivos al consumidor con el producto defectuoso, por ejemplo, a través de auditorías.

Otro mecanismo, es el llamado *whistleblowing* que “*es una práctica de gobierno corporativo en las empresas, en el cual, se impone por la organización el deber y compromiso de poner en conocimiento de los órganos de auditoría, vigilancia o de las autoridades competentes, las acciones u omisiones ilegales y los hechos probablemente delictivos cometidos al interior de la empresa*”³⁹. Dentro del presente trabajo de grado se considera que este mecanismo operaría para casos de corrupción privada al interior de la empresa, cuando por ejemplo un cierto grupo de trabajadores de la empresa desvíen las investigaciones que buscan determinar si el producto es peligroso y/o tóxico para el uso humano, con el fin de obtener dádivas de aquellos que se lucran con el producto.

³⁷ Trabajadores, accionistas y directivos. Al respecto véase MORENO PRIETO, Rafael. “Los stakeholders y la responsabilidad social corporativa” AA.VV. *El Gobierno Corporativo en Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores, Madrid, 2015. pp. 475-535

³⁸ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis; MARTÍN NIETO, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 155.

³⁹ Cfr. RAMÍREZ BARBOSA, Paula. *Responsabilidad penal corporativa y compliance. Marco regulatorio de ética, gobernanza y control de riesgos en las empresas*, Revista Paradigma, 2018, pp. 67.

A modo de comentario final, en el derecho penal norteamericano, con ocasión de los *yates memorándum*⁴⁰, que son instrucciones dadas por el Departamento de Justicia frente al *compliance* y a la persecución del crimen corporativo, se indica que primordialmente se debe buscar la responsabilidad penal de los individuos que participaron en cualquiera de los niveles de la empresa, cuestión que parece adecuada, ya que hace la persecución del crimen corporativo más eficiente, mediante la aceptación de mecanismos de cooperación, inmunidades y delación únicamente bajo la condición de entregar información completa sobre las circunstancias espaciales, temporales y personales del crimen; en todo caso dichos mecanismos de justicia negociada quedan limitados y son de competencia exclusiva del Departamento de Justicia, por lo que esta tesis de responsabilidad de penal por producto defectuoso tendrá un enfoque principal hacia la responsabilidad penal individual de los implicados.

1.2 Bienes jurídicos en el derecho penal

En este acápite se estudiarán los planteamientos del bien jurídico en el derecho penal económico, a partir de las teorías que han surgido para lograr establecer cuál es el bien jurídico protegido en la responsabilidad penal por producto defectuoso, pero de forma previa se hará referencia a la concepción del bien jurídico. Dentro de las funciones que tiene el bien jurídico en el derecho penal están definir el objeto de protección y delimitar el poder punitivo.

Frente al objeto de protección, se ha entendido que el derecho penal es un derecho de carácter fragmentario, lo que significa que únicamente se ocupa de la protección de ciertos derechos de un alto valor social –a los que se les llama el bien jurídico-. Estos tienen un respaldo mayor debido a que además de la

⁴⁰ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Yates memorándum*, Revistes Catalanes amb Accés Obert, 2015, pp. 1-2. RAMIREZ BARBOSA, Paula. *Responsabilidad penal corporativa y compliance. Marco regulatorio de ética, gobernanza y control de riesgos en las empresas*, op. cit. pp. 72.

regulación propia que tienen en otras ramas del derecho, la vulneración de los mismos conllevará la imposición de una pena. Dicho análisis se hará en sede de antijuridicidad⁴¹, donde la afectación o puesta en peligro del bien jurídico tutelado sea formal y material.

En relación con la función delimitadora⁴², se busca evitar que el Estado persiga y sancione según criterios de conveniencia política; lo propio sería juzgar y penar conductas previamente definidas en la ley que hayan vulnerado bienes jurídicos.

Para el derecho penal, desde un punto de vista finalista, el bien jurídico es la piedra angular que fundamenta el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, y en contraposición está el funcionalismo, de acuerdo con quienes entienden que el derecho penal está concebido para proteger expectativas normativas y por ello se busca mantener la vigencia de la norma.

Al margen de las distintas críticas que se puedan esgrimir frente a la posición finalista y funcionalista, lo cierto es que en los albores del derecho penal económico se le dio mayor trascendencia al estudio del bien jurídico para explicar conductas punibles propias del ámbito económico, razón por la que en el presente trabajo se abordará la evolución de la teoría del bien jurídico en el derecho penal económico, atendiendo a que en Colombia sin lugar a dudas la jurisprudencia⁴³ ha señalado que en el ordenamiento interno y según el Código

⁴¹ Artículo 11 del Código Penal *“Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”*.

⁴² Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del "Ius puniendi"*, Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 204-215.

⁴³ Al sentido de lo que se indica, la jurisprudencia sostiene *“La trascendencia que tiene la noción de lesividad en el Derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiéndose por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal”*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 08 de agosto del 2005, Magistrado Ponente Hernán Galán Castellanos.

Penal la protección penal va encaminada a salvaguardar los bienes jurídicos. Esto, entre otras, porque la teoría funcionalista resulta de difícil aplicación por las propias realidades sociales del país, y porque específicamente para los productos defectuosos la responsabilidad penal exigirá un resultado que se constata con la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico.

Sin embargo, antes de realizar una aproximación a la influencia de los bienes jurídicos en el derecho penal económico, resulta conveniente hacer un breve repaso del bien jurídico en el derecho penal y la filosofía del derecho al que se denominará “derecho penal clásico” para diferenciarlo del económico.

1.2.1 Bienes jurídicos en el derecho penal clásico

La acepción de bien jurídico⁴⁴ se debe a VON IHERING; sin embargo, es BIRNBAUM quien toma el concepto y lo usa en el campo del derecho penal, al que hace referencia como “*bienes que están dados en parte a los hombres por la naturaleza, en otra parte son el resultado de su desarrollo social*”⁴⁵. Se ha distinguido la teoría de Birnbaum por tener carácter iusnaturalista, lo que implica que el Estado exclusivamente debe reconocer los bienes jurídicos, pero su origen está más allá del derecho, por eso es una teoría trascendentalista.

Por su parte, BINDING le da al bien jurídico una concepción positivista, por lo que cada norma jurídica tiene *per se* un bien jurídico. Lo importante según esta concepción es la lesión de la norma; en efecto “*El bien jurídico aparece formalizado, es consustancial a la desobediencia y por tanto a la norma, lo que*

⁴⁴ Cfr. GÓMEZ PAVAJEU, Carlos. *La impronta genética de Ihering en la dogmática penal*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 27. cit. VON IHERING, Rudolf. *Del interés de los contratos y la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias*, Tres estudios jurídicos, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, pp. 67-68.

⁴⁵ Cfr. BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung*. v. 1. P. García Cavero (trad.). Leipzig, 1872.

*está más allá del derecho y de esta lesión del derecho subjetivo del Estado no importa*⁴⁶.

De otra opinión es KAUFMANN, que entiende las normas como un imperativo explicándolas “*como instrumentos de motivación concretos*”⁴⁷ es decir, que las normas cuentan con un efecto psicológico social. El concepto de bien jurídico se analiza con el concepto de valores de acción y normas; para este autor existe un escalonamiento de valores⁴⁸, donde primero está la creación valorativa de bien jurídico – relación intrínseca valor a bien jurídico- luego se pasa a verificar qué sucesos valorativamente afectan al bien jurídico y a partir de ello se hace una valoración jurídica –relación intrínseca norma a bien jurídico- de los sucesos.

Este escalonamiento de valores tiene un carácter axiológico⁴⁹, y adicionalmente se concibe con un elemento teleológico, el cual sintetiza así “*en la ciencia del derecho penal no se discute seriamente que el principio de la protección de los bienes jurídicos es la misión del Derecho penal*”⁵⁰.

Finalmente es conveniente estudiar a HASSEMER, ya que basa su teoría del bien jurídico en las ciencias sociales; se empieza afirmando que el bien jurídico se debe construir luego de una concepción social del delito, para lograr el concepto social del delito se acude al proceso de comunicación “*por ello se*

⁴⁶ Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan, op. cit., pp. 53. cit. BIRNBAUM, J. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. J. L. Guzmán Dalbora (trad.). Juristas Perennes, 2010, p. 157.

⁴⁷ Cfr. MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal hacia el sistema. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, Universidad de Bonn. Trad. Manuel Cancio y Enrique Peñaranda, Universidad Autónoma de Madrid, 2002, pp. 179 cit. KAUFMANN, *Nomentheorie*, pp. 289.

⁴⁸ MÜSSIG, Bernd. op. cit., pp. 177.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Civitas, Trad. Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 1996, pp. 70.

debe preguntar con carácter general por aquello que en una sociedad es percibido como delito”⁵¹. Una vez hecho el proceso comunicativo, se pasa a un control social formalizado, dándole un tratamiento social al delito, en el que, según se entiende dentro del presente trabajo, se utilizan criterios propios de la política criminal. Esta postura implica la mutabilidad del bien jurídico⁵², es decir que el bien jurídico no es estático, su naturaleza es dinámica, y se adecúa a las necesidades sociales.

1.2.2 Bienes jurídicos en el derecho penal económico

El derecho penal económico legitima su ejercicio en aras de proteger bienes jurídicamente tutelados por el Estado, tal como en el derecho penal clásico. La diferencia estriba en que se deja de lado la teoría individual de los bienes jurídicos, ya que, si bien se admite que con el derecho penal económico se pueden proteger bienes jurídicos individuales, el ámbito general de protección se enfoca tanto en intereses de carácter individual como colectivos.

Tales intereses colectivos, son “*bienes inmateriales institucionalizados*”⁵³ que tienen como fuente normativa principal la constitución, por lo que el derecho penal económico protege principios de la constitución económica. Son entre otros, el orden económico-social, la libertad económica, la igualdad entre los agentes de la economía, el medio ambiente, etc.

Los intereses protegidos por el derecho penal económico son vulnerados o puestos en peligro por los conocidos *delitos económicos*, aquellos que son cometidos principalmente por sujetos de clase media y alta que se encuentran en la actividad económica y cuyas conductas se explican mediante la

⁵¹ MÜSSIG, Bernd. op. cit., pp. 181. cit. HASSEMER, *Theorie*, pp. 131.

⁵² ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., pp. 70.

⁵³ Cfr. TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985.

criminología a través de teorías como la de la elección racional, el aprendizaje y el cuello blanco. Estas conductas típicas se consideran como transgresiones del derecho administrativo sancionatorio, respecto de la actividad regulatoria e interventora del Estado en la economía, dentro de los que se encuentran las quiebras punibles, la usura, la competencia desleal, los delitos de corrupción, el blanqueo de capitales, entre otros.

1.2.3 Bienes jurídicos colectivos

El derecho penal económico debe tutelar ciertos intereses colectivos, que revisten un alto grado de ambigüedad e indeterminación lo que, en términos constitucionales se trata de la protección de un interés *difuso – colectivo*, e implica que la titularidad del bien jurídico no estará en cabeza de un sujeto pasivo en específico, sino que es la colectividad en general quien detenta ese bien jurídico.

Al respecto sostiene SOTO NAVARRO:

“Característica fundamental de los bienes jurídicos colectivos es su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, lo que se traduce, prima facie, en la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros. Consiguientemente, los bienes jurídicos colectivos no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, sobre las que se reconozca libertad de disposición”⁵⁴.

Para lograr la protección de dichos intereses colectivos, en el derecho penal económico es usual que se acuda a la tipificación de los llamados *delitos de*

⁵⁴ Cfr. SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, 2005, pp. 887-918.

peligro, se entiende por estos, la acción que contiene o crea un riesgo en relación con un bien jurídico⁵⁵, los que serán de mera conducta, y no de resultado. Los delitos de peligro se han clasificado en delitos de *peligro abstracto* o también conocidos como de *peligro presunto*, en contraposición a los delitos de *peligro concreto*.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación penal, en sus posturas iniciales señaló al respecto de los delitos de peligro:

“Puede afirmarse que existen dos clases de delitos de peligro, cuya diferencia obedece a la proximidad y gravedad del riesgo respecto al bien jurídico tutelado (...). Delitos ‘de peligro presunto’ y ‘de peligro demostrable’, porque en los primeros la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requieren, sino que, por el contrario, excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste. En tanto que los otros requieran que se demuestre la posibilidad de daño, es decir, comprobación de que hay un peligro”⁵⁶.

Por lo que para la Corte, el delito de peligro *abstracto* o *presunto* era uno de presunción *iure et de iure*, significa que el peligro contenido en el tipo penal era por la comisión de la mera conducta, sin dejarle posibilidad a la defensa de desvirtuar el peligro.

Esta postura luego sería modificada en otro fallo de la misma sala, en el que se aclara:

⁵⁵ Cfr. JOACHIM, Hans. *Sistemática y límites de los delitos de peligro*, Revista Latinoamericana de Derecho, Universidad Autónoma de México, 2008, pp. 161.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de septiembre de 1982, Magistrado Ponente Luis Enrique Romero Soto.

“Si bien en los delitos de peligro presunto el legislador presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado, lo cierto es que tal presunción “no puede ser de aquellas conocidas como juris et de jure, es decir, que no admiten prueba en contrario, porque el carácter democrático y social del Estado de derecho, basado, ante todo, en el respeto a la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), así lo impone, en tanto tal especie de presunción significa desconocer la de inocencia y los derechos de defensa y contradicción.

Al contrario, al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro. En otro lenguaje, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela⁵⁷.

La diferencia para la Corte es que en los delitos de peligro *abstracto* el peligro de lesión del bien jurídico es presunto, en todo caso esta presunción puede ser desvirtuada sí así lo prueba por la defensa. Mientras que en los delitos de peligro *concreto* no hay presunción, en todos los casos es deber del operador judicial valorar si se verificó el peligro con la conducta desplegada. Se trata de una diferencia respecto de la carga de la prueba: en los tipos de *peligro abstracto* la fiscalía no prueba el peligro de lesión al bien jurídico; por otro lado, en los de *peligro concreto* sí es deber del ente acusador probar el peligro de vulneración al bien jurídico.

Finalmente, en otra sentencia de la Corte Suprema, se reitera la última postura expuesta, en la que hace una síntesis importante sobre los delitos de peligro:

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de septiembre del 2004, Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

“De lo anterior razonable es concluir que, contrario a lo expuesto por la doctrina tradicional que entendía que en los delitos de peligro presunto se suponía de derecho la antijuridicidad de la conducta, lo cierto es que ahora, respecto de tales comportamientos no basta con realizar simple y llanamente el proceso de adecuación típica de la conducta para luego dar por presupuesta su antijuridicidad, pues siempre se impone verificar si en el caso concreto tal presunción legal es desvirtuada por alguna prueba en contrario, dado que de ser ello así, el comportamiento no deviene antijurídico y sin tal categoría dogmática, la conducta no configuraría delito.

Delitos de peligro concreto o demostrable. En estos, es menester que se demuestre la efectiva ocurrencia del peligro para el bien jurídico protegido. Entre ellos se encuentra v.gr. el incendio establecido en el artículo 350 de la Ley 599 de 2000, el cual requiere que la conducta de prender fuego en cosa mueble se produzca “con peligro común”, por manera que se debe demostrar que se ha creado con la referida conducta un riesgo para la colectividad⁵⁸.

Esta clase de delito ha sido criticada por violar los principios de legalidad y lesividad del Derecho Penal, razón por la cual, para legitimar su tipificación, la doctrina ha indicado que no basta con la simple verificación de una acción peligrosa para un bien jurídico colectivo, sino que además, resulta exigible la vulneración o puesta en peligro, de un bien jurídico individual⁵⁹.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de octubre del 2006, Magistrada Ponente Marina Pulido de Barón.

⁵⁹ RAMIREZ BARBOSA, Paula; CASTRO CUENCA, Carlos. *Derecho penal económico*, op. cit. pp. 105.

1.2.4 Bienes jurídicos intermedios

Debido a lo anterior, la doctrina⁶⁰ propone que es más conveniente hablar de bienes jurídicos intermedios, en los cuales se protege un bien jurídico colectivo que se representa a su vez en un bien jurídico individual.

La tesis de TIEDEMANN sobre los bienes jurídicos intermedios, se ha interpretado de tal forma que sólo debe aplicarse a ciertos delitos, que no son los delitos económicos en sentido estricto, sino a aquellos que quedan fuera de esa clasificación debido a que no corresponden a los intereses jurídico-económicos pertenecientes al Estado, y que tampoco se identifican con un interés económico particular⁶¹, entonces protegen un interés mixto.

SCHÜNEMANN, señala que el adelantamiento de la protección penal que se hace a través de los delitos de peligro abstracto es legítimo sólo si en función de ellos se protegen bienes jurídicos intermedios⁶². Para este autor, en los bienes jurídicos intermedios es indispensable la *estación de conexión colectiva*⁶³ (*die kollektive schalstation*), entendida como el momento decisivo de la intervención penal para proteger intereses colectivos, complejos y anónimos, debido a la intensidad y gravedad del desvalor de acción de la conducta, que compensa la ausencia de desvalor de resultado que es característica en los delitos de peligro abstracto⁶⁴. El ejemplo del que se sirve para explicar la conexión colectiva es la protección penal del medio ambiente, en la que se suelen usar tipos de peligro abstracto debido a la sensibilidad del sistema

⁶⁰ TIEDEMANN, Klaus. op. cit. pp. 36.

⁶¹ Ídem

⁶² SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975, pp. 79.

⁶³ Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. "El castigo de la corrupción privada según el derecho penal vigente y futuro" AA.VV. *Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Universidad de Medellín, 2012, pp. 1248.

⁶⁴ Cfr. PEREZ-SAUQUILLO, Carmen. *Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos*, Foro FIPC, 2015, pp. 135.

ambiental y de la inminente incidencia en los bienes jurídicos tanto individuales como colectivos⁶⁵.

MATA Y MARTÍN al referirse a los bienes jurídicos intermedios señala *“Pueden considerarse aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes particulares, siendo ambos homogéneos o estando situados en una misma línea de ataque”*⁶⁶.

Para reconocer si se está en presencia de un bien jurídico intermedio, se ha decantado⁶⁷ una serie de elementos característicos del concepto. Primero, es indispensable que la protección esté invocada a un bien jurídico colectivo, es decir aquellos cuya titularidad es indeterminada; se predica que la titularidad es atribuible a una colectividad de manera indivisible.

Luego, este bien jurídico colectivo debe estar necesariamente vinculado a un bien jurídico personal, lo que se traduce en que ante una vulneración a un bien jurídico colectivo, de manera conexa, se lesione o ponga en peligro un bien jurídico individual donde hay un titular determinado. Este vínculo debe derivar de una relación de complementariedad, que implica que para llegar a la lesión del bien personal debe haberse verificado la lesión del colectivo.

Finalmente, se establece que la conducta debe generar un riesgo potencial para una pluralidad de víctimas, que por regla general será causada por un delito de peligro o de riesgo, porque en estos hay una pluralidad de individuos expuestos por la conducta desplegada. Es menester señalar que tomaremos la teoría de los bienes jurídicos intermedios para sustentar la responsabilidad

⁶⁵ Cfr. RUIZ LÓPEZ, Carmen. *Protección penal del medio ambiente*, Revista de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, pp. 182-183. cit. SCHUNEMANN, Bernd. *Sobre la dogmática y la política criminal del medio ambiente*, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, 1999, pp. 627 y ss.

⁶⁶ Cfr. MATA Y MARIN, Ricardo. *Los bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Editorial Comares, Granada, 1997, pp. 71.

⁶⁷ *Ibidem* pp. 23-34.

penal por el producto defectuoso en Colombia, de acuerdo a un precedente jurisprudencial de la Corte Suprema, situación que explicaremos más adelante.

1.2.5 Críticas a la fundamentación del derecho penal económico a través del bien jurídico.

Estas teorías modernas no han sido ajenas a las críticas clásicas a los bienes jurídicos como criterio fundamentador del ejercicio del *ius puniendi*. Respecto de la teoría de los bienes jurídicos colectivos, se critica la ambigüedad, vaguedad y falta de determinación, que implica una dificultad en la percepción material del interés tutelado⁶⁸.

Frente a lo anterior, se ha considerado que estas críticas también son predicables en los bienes jurídicos individuales, en los cuales su determinación es incluso más compleja que en los bienes jurídicos colectivos, como es el caso del bien jurídico contra la integridad moral. Además, se señala que la solución⁶⁹ a esta ambigüedad es la concreción de contenidos tutelables, así como también la exclusión de aquellos bienes jurídicos que no merecen tutela penal, alternativa que sería idónea también frente a ciertos bienes jurídicos individuales cuya protección penal esta llamada a reevaluarse.

Dentro de las críticas modernas al derecho penal económico, frente a la protección de bienes jurídicos -los colectivos especialmente-, se reprocha que se ha generado aumento del espectro de aplicación del derecho penal⁷⁰ mediante los tipos de peligro abstracto, así como la desformalización del derecho penal.

En este sentido SILVA SANCHEZ señala que:

⁶⁸ RAMIREZ BARBOSA, Paula, CASTRO CUENCA, Carlos. *Derecho penal económico*, op. cit. pp. 83.

⁶⁹ *Ibidem* pp. 87

⁷⁰ RAMIREZ BARBOSA, Paula, CASTRO CUENCA, Carlos. *Derecho penal económico*, op. cit. pp. 80-82.

“A propósito del Derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.) como también de los principios político-criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad). Tales principios son susceptibles, en efecto, de una acogida gradual y, al igual que sucede hoy entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, no tendrían por qué ser integrados en idéntica medida en los dos niveles de Derecho penal, con o sin penas de prisión”⁷¹.

1.2.6 La constitución económica y la constitucionalización del bien jurídico en el derecho penal económico.

Frente a las anteriores críticas, por las que se ha intentado fundamentar el derecho penal económico, ha surgido una tendencia actual y pacífica en la doctrina para explicar la legitimación del derecho penal económico, según la cual el bien jurídico protegido es la constitución económica. Ello, debido a que el fenómeno del neoconstitucionalismo ha propendido a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, particularmente en los estados de derecho.

Sobre el concepto de constitución económica, la definición clásica según CORREA HENAO citando a GARCIA- PELAYO se debe entender como *“las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o dicho de otro*

⁷¹ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 160-161.

*modo, para el orden y proceso económico*⁷². Entonces, la constitución económica está conformada por aquellas disposiciones de carácter constitucional que disponen el régimen jurídico de la actividad económica, esto es, las libertades, los sujetos económicos, los instrumentos económicos, el proceso económico, y en general, el sistema económico que tendrá el Estado.

Debido a esto, el bien jurídico que tutela el derecho penal económico se nutre de aquellos intereses económicos de primer orden, previamente definidos por el constituyente en la carta política, que marcan la pauta de la actividad económica del Estado y que deben ser protegidos a *ultima ratio* por el derecho penal. Se considera que la interpretación más coherente de la naturaleza del bien jurídico en la constitución económica es proteger el modelo económico que adopte la constitución.

1.2.7 El bien jurídico protegido en la responsabilidad penal por el producto defectuoso

En relación con el tema que nos ocupa, la responsabilidad penal por producto defectuoso es necesario abordar cuál es el bien jurídicamente protegido cuando se tutela por vía penal. Al respecto, hay dos posturas principales que tratan el bien jurídico en la materia.

La primera postura, que defiende HASSEMER, señala que en tratándose de responsabilidad por productos defectuosos, se protege a la salud pública, entendida como un bien jurídico colectivo en la medida en que el producto se encuentre en circulación en el mercado y sea capaz de causar una vulneración a la salud general de los consumidores, vulneración que se concreta como

⁷² Cfr. CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 82. cit. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la constitución* en Estudios sobre la constitución española, Zaragoza, 1979, pp. 31.

típica cuando un consumidor adquiere el producto y sufre la consecuencia. En esta postura, se protege la colectividad, a los consumidores, por el hecho de que se les coloca frente a *riesgos intolerables*, por lo que hay una intervención punitiva anticipada dado que la protección va enfocada a la salud pública vinculada a la oferta al público de un producto defectuoso⁷³.

La consecuencia de dicha postura es que necesariamente la salud pública será un bien jurídico autónomo, y además de castigar la muerte o lesión que el producto defectuoso generó, también se puniría la puesta en peligro de la salud pública, por lo que habría un concurso de delitos entre la muerte o lesión y la puesta en peligro de la salud pública, es decir, la fabricación de productos defectuosos sería un delito autónomo.

Otra postura, mucho más mesurada y razonable, indica que, en la responsabilidad por productos defectuosos, el bien jurídico es intermedio, en donde el bien jurídico colectivo es la salud pública vinculado a la salud individual como bien jurídico individual⁷⁴, por lo que la protección penal opera solamente cuando el producto defectuoso cause un resultado en la salud individual, sea lesiones personales o muerte. Según esta tesis, no habría concurso de delitos, el delito sería las lesiones o la muerte, y el producto defectuoso sería *el iter criminis* de dichas conductas.

Se considera que tratar la responsabilidad por productos defectuosos como bien jurídico intermedio es la solución más adecuada ya que respeta los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal, pues el derecho penal actuaría *ultima ratio* cuando los productos defectuosos causen graves resultados como la muerte o lesiones personales, tipos socialmente

⁷³ Cfr. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 28.

⁷⁴ ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit., pp. 78-80.

relevantes, teniendo en cuenta que la protección de la salud pública es más del resorte del derecho público-económico, y otra clase de resultados, como el daño a bienes del consumidor generados por el producto defectuoso, sería objeto del derecho privado.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, encontramos un antecedente sobre los bienes jurídicos intermedios analizados frente a tipos penales concretos, a saber:

“De otra parte, es preciso recordar que hay delitos que protegen bienes jurídicos “individuales”, otros que salvaguardan unos “colectivos”, mas también los hay que amparan los llamados bienes jurídicos “intermedios”, que son aquellos que de manera conjunta tutelan los primeros y los segundos. Estos bienes jurídicos intermedios se caracterizan por ser suprapersonales, es decir, van más allá del simple interés personal, además de que en ellos subyace una relación de medio a fin, pues el ataque al bien jurídico colectivo da paso al daño del individual. A su vez, la agresión al individual representa un riesgo potencial para la comunidad. Así mismo, el menoscabo del bien jurídico colectivo por sí solo no alcanza al individual. Ahora, el delito de hurto por medios informáticos y semejantes protege un bien jurídico intermedio, por cuando salvaguarda “la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos, de las redes y de los datos” y por igual es una “figura llamada a completar las descripciones típicas contenidas en los artículos 239 y siguientes del Código Penal, a las cuales se remite expresamente”.

En esa medida, es claro que el hurto por medios informáticos y semejantes por tratarse de una conducta punible que protege un

*bien jurídico intermedio, puesto que a la par que ampara la información, las redes y los datos, también salvaguarda el patrimonio económico, de manera que es indudable que integra la denominación genérica (nomen iuris) de los delitos contra el último bien jurídico en cita*⁷⁵.

Al interpretar el análisis de la Corte, frente al delito de *hurto por medios informáticos*, se evidencia que se trata de un tipo penal que tutela un bien jurídico intermedio, cuya comisión vulnera el bien jurídico de la protección de la información y los datos como bien jurídico colectivo, pero que de contera vulnera el bien jurídico del patrimonio económico en forma individual.

De acuerdo con lo anterior, en Colombia la responsabilidad por productos defectuosos encuentra su fundamento en la teoría de los bienes jurídicos intermedios, por lo cual la tutela penal para estos caso será la de un bien jurídico intermedio; que estará integrado por la salud pública como bien jurídico de referente colectivo -en la medida en que se trata de la circulación de un producto de uso común dentro del mercado con posibilidad de generar graves efectos a la salud a cualquiera dentro de la colectividad que lo adquiera y lo use-, y también por la vida e integridad personal como bien jurídico de referente individual -cuando ese peligro del producto cause un resultado típico-.

En resumen de lo que hasta aquí se ha expuesto, y concluyendo el primer capítulo, se puede destacar el que el derecho penal económico generó una apertura al derecho penal para reprimir conductas de la criminalidad económica moderna, tales como las insolvencias punibles, la competencia desleal, la evasión tributaria; y por supuesto también abre la posibilidad de hablar hoy de la responsabilidad penal por productos defectuosos. El derecho

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 30 de septiembre del 2015, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero.

penal de la empresa sugiere cómo tratar la responsabilidad penal en el ámbito empresarial, la autoría y participación del fabricante, los miembros de la junta directiva, y los trabajadores dentro de la cadena productiva; experiencia que ha llevado a las empresas a asesorarse en esos asuntos generando una autorresponsabilidad, y que conduce al *compliance*, mecanismos para la reducción de riesgos penales, como los productos defectuosos, que ha tenido gran acogida en la industria de productos farmacéuticos y de estética. Sin embargo, tales intervenciones del poder punitivo siempre deben estar regidas por un límite, que tal como lo explicamos para esta materia, es la protección de bienes jurídicos importantísimos como lo son la vida y la integridad personal de los consumidores que cada vez en mayor medida estén siendo tratados como sujetos de especial protección jurídica por su inferioridad frente a los gigantes empresariales, en especial ante crecientes fenómenos como los del comercio internacional, el consumismo y la globalización.

2 IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL POR PRODUCTO DEFECTUOSO.

2.1 Antecedentes

En este capítulo se abordarán los antecedentes sobre responsabilidad penal por producto defectuoso en Alemania y España, para posteriormente analizar a profundidad los criterios de imputación que han sido utilizados en esta materia, y su respectiva evolución.

2.1.1 Alemania:

2.1.1.1 Contergan

Contergan es un medicamento que empieza a ser comercializado en 1957 por la empresa farmacéutica alemana Grunenthal. Es un sedante y somnífero que se podía adquirir sin necesidad de receta médica en cualquier farmacia local de la entonces República Federal Alemana. Este medicamento se volvió recomendado especialmente por su buena tolerancia en los pacientes⁷⁶, razón por la que empezó a usarse en población de mujeres en estado de embarazo⁷⁷. Antes de su comercialización, este medicamento fue probado por dos años bajo diversos ensayos clínicos, cuyos informes y resultados fueron positivos, sin embargo se tiene certeza que ese medicamento no fue sometido a pruebas para mujeres en estado de embarazo⁷⁸.

⁷⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. "El caso Contergan cuarenta años después" AA.VV. *Cincuenta casos que hicieron doctrina*, La Ley, 2010, pp. 399.

⁷⁷ Cfr. BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. "La responsabilidad por el producto en el Derecho Penal Alemán. Presupuestos de imputación" AA,VV. *XXXII Jornadas internacionales de Derecho Penal: Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 502.

⁷⁸ Ídem

Para 1959, a este fármaco se le empieza a cuestionar principalmente por su sustancia base, que era la talidomida, a la que el neurólogo VOSS señaló como una sustancia tóxica cuando se usaba de manera prolongada. Un año después, a la empresa Grunenthal, se le notificaron 3000 casos de efectos tóxicos en pacientes por el uso del Contergan, con fundamento en la hipótesis del neurólogo VOSS. Frente a los señalamientos, la farmacéutica a través de su departamento de investigación realizó ensayos con ratas, los cuales no mostraron efectos adversos, por lo que su comercialización continuó⁷⁹.

Luego de 4 años de comercialización del medicamento, se empezaron a reportar casos en los que el consumo de Contergan durante el periodo de gestación generaba malformaciones genéticas en los niños recién nacidos⁸⁰, situación que fue denunciada por el médico pediatra LENZ, que presentó un informe al Ministerio del Interior de Alemania solicitando retirar del mercado el fármaco, y luego de bastante presión mediática Grunenthal decidió retirar su producto del mercado⁸¹.

La fiscalía investigó estos hechos hasta que en 1967 acusó a uno de los socios y a 8 directivos de la empresa Grunenthal por los delitos de lesiones personales y homicidio culposo, debido a que por las malformaciones a bebés se logró el reconocimiento de 5000 casos, de los cuales 2800 sobrevivieron - con pocos años de vida debido a la gravedad de las malformaciones⁸²- mientras que los otros 2200 murieron siendo fetos o al nacer⁸³. A pesar de que en el auto del Tribunal de Aachen (en la ciudad de Aquisgrán) se encontró probada relación de causalidad entre el consumo de la talidomida y las malformaciones de los fetos, el Tribunal decidió no condenar con base en la facultad *strafprozeßordnung* del Código de Procedimiento Penal, es decir la

⁷⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit. pp. 400.

⁸⁰ Ídem

⁸¹ BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. op. cit. pp. 501.

⁸² Ídem

⁸³ CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit. pp. 400.

falta de interés público en la persecución penal, por la duración del proceso y la atención pública a la que fue sometido. No obstante, ordenó a Grunenthal el pago de alrededor de 100 millones de marcos⁸⁴.

Del auto proferido por el Tribunal de Aachen, es importante resaltar dos aspectos concretos del caso, a saber: el problema de tipicidad de las lesiones generadas por una conducta antes del nacimiento del *nasciturus* -valga la redundancia- y el atinente a la relación de causalidad entre el medicamento y los resultados obtenidos por el consumo de este.

Frente a la tipicidad de las lesiones de quien se encuentra en proceso de gestación en el vientre de su madre, por el consumo del Contergan, es claro que no se configura homicidio ni lesiones⁸⁵, pues estos tipos penales no protegen al *nasciturus*, por lo tanto, tal como lo afirma el Tribunal “*la causación de malformaciones sólo será punible si se considera una lesión de quien nazca con ellas*”.

Respecto de la relación de causalidad entre el consumo de Contergan y las malformaciones, esta no pudo ser probada desde el punto de vista técnico-científico, a lo que el Tribunal señaló que la relación de causalidad no debe ser necesariamente científico-natural, sino que es una relación de causalidad jurídico-penal de llevar al convencimiento y convicción al juez de dicho nexo, tal como se hizo en este caso. Indicios tales como el diagnóstico y cuadro clínico presentados con la frecuencia con la que se presentó la comercialización del fármaco, la delimitación espacial y temporal correspondía con el área de mercado del Contergan, así como el hecho de que las madres

⁸⁴ ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit. pp. 22-23.

⁸⁵ Esto bajo el entendido que en el ordenamiento jurídico alemán no se encontraba en ese entonces tipificado el delito de lesiones al feto.

cuyos hijos sufrieron malformaciones acreditan haber consumido el medicamento, llevaron al convencimiento de la causalidad⁸⁶.

2.1.1.2 Lederspray

El caso surge por un producto en spray, *Lederspray*, para el cuidado y preservación de productos en cuero y piel, cuya producción estaba a cargo de una empresa mientras que su distribución estaba delegada en otras dos empresas⁸⁷. Este producto circuló en el mercado por no menos de 20 años, pero para inicios de la década de los años 80 los consumidores empezaron a reportar afecciones en la salud, luego del uso del spray. Estas molestias consistían en mareos, fiebre, tos, escalofríos y náuseas, que en algunos casos requirieron tratamiento clínico en cuidados intensivos debido a la gravedad del estado de salud, resultando con edemas pulmonares⁸⁸.

Frente a los primeros reportes de los consumidores, la empresa productora y las distribuidoras se citaron en una reunión extraordinaria, en donde se informó que conforme a las investigaciones realizadas al producto, no se encontraron sustancias o componentes tóxicos que pudieran generar efectos nocivos o algún defecto de fabricación, por lo que se decidió continuar su comercialización, haciendo un cambio en la fórmula del producto, retirando el aceite de silicona que lo componía⁸⁹, y poniendo un aviso de advertencia⁹⁰. Sin embargo, posteriormente se siguieron reportando quejas por molestias en la salud de los consumidores, por lo que a mediados de 1981 la empresa decidió suspender temporalmente la producción del spray, mientras realizaba una investigación que culminó sin encontrar la causa específica del daño, empero,

⁸⁶ Coinciden CANCIO MELIÁ, Manuel op. cit. pp. 404-405. ; ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit. pp. 22-23.

⁸⁷ BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. op. cit. pp. 503.

⁸⁸ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997, pp. 48.

⁸⁹ BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. op. cit. pp. 503.

⁹⁰ ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit. pp. 21.

la comercialización de *Lederspray* siguió hasta 1983, cuando las autoridades sanitarias intervinieron en la empresa de producción y en las de distribución, retirando de forma definitiva el producto del mercado⁹¹.

El Tribunal de Mainz encontró dos conductas delictivas en este caso, la primera que fue antes de la reunión extraordinaria de las empresas, donde manifiesta que los directivos y el jefe químico de la empresa productora son culpables de lesiones culposas, cometidas en omisión impropia (*comisión por omisión*). En esta circunstancia se sustenta la imprudencia de la conducta en la no retirada del producto, cuando se tuvo conocimiento de la peligrosidad del producto que se vio reflejada en resultados lesivos a la salud de los consumidores que inicialmente reportaron, y pese a esto, los directivos no tuvieron la diligencia de tomar medidas adecuadas para evitar que se siguieran produciendo más afectaciones a la salud. La segunda conducta punitiva, fue posterior a la reunión extraordinaria de 1981, pues se consideró que allí se tipificó la conducta de lesiones personales dolosas -con dolo eventual- pues, pese al cambio de la fórmula, se siguieron reportando resultados lesivos a la salud de los consumidores, y los directivos persistieron de manera activa en continuar con la comercialización del producto, dejando librado al azar la salud de los consumidores con su uso⁹².

El fallo de instancia fue confirmado por el Tribunal Federal Supremo (BGH), que precisó respecto del delito imprudente, que la omisión se sustentaba en una posición de garante por injerencia, en tanto que los directivos de la empresa productora ingresaron al mercado un producto con peligrosidad para la salud, y por ello surgía el deber⁹³ de retirarlo del mercado cuando efectivamente se tuvo conocimiento de las lesiones que ocasionaba, conducta predicable de los miembros directivos y demás trabajadores con poder

⁹¹ Ídem

⁹² ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit. pp. 21.

⁹³ El llamado *deber de aseguramiento del tráfico*.

decisorio en la compañía⁹⁴. Además, el BGH señaló que la conducta de los acusados fue de peligro anterior, bajo la premisa según la cual el ordenamiento jurídico prohíbe crear peligros que causen daños a terceros; por ello indicó que la introducción del producto al mercado ya fue objetivamente contraria al deber⁹⁵, posición que ha sido criticada de manera unánime por la doctrina, pues si bien es cierto que se admite el reproche por no retirar el producto del mercado ante los reportes de los consumidores, distinto es afirmar que la introducción del producto al mercado por primera vez es reprochable, pues el producto se fabricó bajo el cumplimiento de todas las normas previstas en el momento, y no era previsible que el producto generara resultados lesivos en la salud.

2.1.1.3 Holzschutzmittel

Este caso surge, cuando en los años 70 la empresa Chemie GmbH empieza a comercializar el *Holzschutzmittel*, un producto en aerosol destinado al mantenimiento y cuidado de la madera, comercialización amplia y general pese a que antes, ya se habían entablado 2 denuncias por presuntas lesiones personales por su uso⁹⁶. A finales de los años 70, los consumidores que usaban periódicamente el producto reportaron afecciones en su salud, que se diagnosticaron en graves intoxicaciones con repercusiones en el sistema endocrinológico, inmunológico, nervioso y neuronal por el contacto con lindano por inhalación, sustancia tóxica que componía el producto⁹⁷. A consecuencia de esto, se atribuye la muerte de al menos una persona y lesiones personales para 29 más.

⁹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. op. cit. pp. 52.

⁹⁵ *Ibidem* pp. 56.

⁹⁶ Cfr. CARO CORIA, Dino. *Sociedades de riesgos y bienes jurídicos colectivos*, Revista de Derecho Themis, Perú, 1998, pp. 196.

⁹⁷ BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. op. cit. pp. 504.

En el curso de la investigación, fue difícil establecer el nexo de causalidad entre el producto y las lesiones, debido a la multiplicidad de síntomas⁹⁸, y pese a que los estudios científicos que realizó la empresa determinaron que el producto era apto para el uso en interiores, se logró comprobar que el lindano era una sustancia tóxica para el organismo humano y generaba ciertas lesiones, que coincidían con las que presentaron las víctimas tiempo después del uso del aerosol, especialmente quienes lo usaron al interior de espacios cerrados o cerca de madera, donde permanecían mucho tiempo. Finalmente, luego de una larga deliberación jurídica⁹⁹ sobre el nexo de causalidad entre el producto y las lesiones, el Tribunal Federal de Frankfurt condenó a los acusados por lesiones personales y liberación de sustancias tóxicas¹⁰⁰.

Dentro de la parte motiva de la providencia, el Tribunal tuvo de presente los dictámenes periciales que se adujeron en juicio, pero estos no acreditaron el nexo de causalidad entre el uso del producto protector de la madera y las lesiones personales, razón que lo llevó a señalar que frente al nexo causal no se apoyaría en los dictámenes, sino que lo probó a través de los indicios, dentro de los que el Tribunal resaltó algunos especialmente pertinentes tales como el que las víctimas estuvieron expuestas a un sitio en el que se había aplicado el producto, los síntomas comunes que presentaron, su alivio ante la no exposición al aerosol y su buen estado de salud antes del contacto con el producto. Así, expuso que se trataba de un nexo de *concausación*¹⁰¹, y paso seguido se refirió a la imputación objetiva de la conducta, a través de la

⁹⁸ Ídem

⁹⁹ El asunto llegó hasta el conocimiento del Tribunal Supremo Federal. BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. op. cit. pp. 545.

¹⁰⁰ Ídem

¹⁰¹ Por medio de la exclusión de otras causas posibles. Al respecto de la concausación en dicha sentencia, véase VOLK, KLAUS. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, Adhoc, Argentina, 2013, pp. 105 y ss.

posición de garantía, indicando que era exigible a los directivos la retirada del producto dada la peligrosidad conocida del mismo¹⁰².

2.1.1.4 Degussa

Este caso surge por la empresa Degussa con la comercialización de amalgama, producto usado principalmente en el área odontológica para rellenos y empastes dentales, pues si bien había estudios que demostraban que la amalgama en el uso médico resulta inofensiva con dosis pequeñas y a prolongadas exposiciones, un estudio posterior dio a conocer que la amalgama puede provocar reacciones alérgicas porque conlleva al aumento de mercurio en el organismo, generando molestias dentales y hasta intoxicaciones que provocan insuficiencia renal y en los casos más graves se ha registrado esterilidad o Parkinson. Este último estudio reseñaba que había una relación estadística entre las personas que habían presentado síntomas orales y que presentaban una elevada cantidad de mercurio como resultado de la amalgama dental, pero este estudio fue altamente criticado¹⁰³.

En defensa de *Degussa* se señaló que:

“muchas de las pretendidas molestias existían ya antes del tratamiento odontológico, o bien eran de naturaleza psicossomática (en la mayoría de los pacientes con taras psíquicas previas) y fueron causadas bajo la influencia de los medios de comunicación. Por lo visto, los casos de envenenamiento por amalgama que fueron difundidos por los medios de

¹⁰² Cfr. IÑIGO CORROZA, María. “El caso del “producto protector de la madera” (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán” AA.VV. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Argentina, 1999, pp. 990 y ss.

¹⁰³ Cfr. TIEDEMANN, Klaus. *Lesiones corporales y responsabilidad penal por el producto. Comentarios al “caso Degussa”*, traducida por Javier Valls Prieto, Revista de Derecho, Universidad de Granada, 2000, pp. 53.

*comunicación influyeron en el aumento significativo (y la caída subsiguiente) de los casos clínicos referidos en el año 1992*¹⁰⁴.

En el polémico caso, la Fiscalía de Frankfurt, por precedentes como el de *lederspray*, adelantó instrucción a trabajadores directivos de Degussa por lesiones personales, sin embargo el proceso fue archivado bajo la condición que la empresa pagará un millón de marcos destinados a investigación, y conllevó a que la empresa dejará de comercializar productos con amalgama.

2.1.1.5 Conclusiones de la experiencia alemana

Los casos anteriormente expuestos tratados por la jurisprudencia alemana establecieron en ese ordenamiento jurídico la responsabilidad penal por el producto, principalmente orientada hacia los tipos penales de homicidio y lesiones personales, por lo que la hipótesis de responsabilidad penal por el producto dejó de ser meramente teórica, lo que se refleja en que actualmente las empresas de fabricación y distribución de cualquier tipo de producto que tenga relación directa o indirecta con el cuerpo humano estén cada vez más atentas al cumplimiento de los deberes que ha exigido la jurisprudencia¹⁰⁵, lo que ha llevado a que la mayoría de las compañías tengan en sus plantas *oficiales de cumplimiento*, que se encargan del manejo de quejas de los consumidores por afectaciones a su salud, de la evolución de investigaciones sobre la seguridad de los productos y de la proyección de políticas empresariales tendientes a la prevención y mitigación del daño a la salud de los consumidores.

¹⁰⁴ Ídem

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Superior Federal Alemán (BGH) del 06 de julio de 1990, Auto del Tribunal de Aachen (LG) del 18 de febrero de 1970 y la Sentencia del Tribunal de Frankfurt del 25 de mayo de 1995. Providencias que reseñan el deber de advertencia y el deber de retiro, que se abordará en la siguiente página.

De un análisis general de la jurisprudencia alemana, es importante resaltar que desde su óptica el derecho penal no sólo se limita a prohibir conductas; la dinámica jurídico-penal también puede exigir deberes positivos, es lo que se ha denominado para los productos defectuosos el “*pflichtwidrigkeitszusammenhang*”¹⁰⁶, la infracción de un deber exigible al empresario. El precedente jurisprudencial exige una relación de vigilancia al producto por parte de quien lo introduce en el mercado, y de allí se derivan dos clases de deberes, que se pueden llamar el *deber de advertencia* y el *deber de retiro*¹⁰⁷.

El *deber de advertencia* consiste en poner una etiqueta dentro del envase del producto, que relacione las consecuencias nocivas para la salud que han sufrido otros consumidores por el presunto uso del producto y el nivel de peligrosidad de dichas consecuencias. Si bien este deber ha sido fuertemente criticado, por los costos y la reputación de la empresa, entre otros aspectos¹⁰⁸, no se trata de exigirle a la empresa lo imprevisible, sino que es una carga que se exige ante los primeros reportes de síntomas por los consumidores luego de haber introducido el producto al mercado, entonces su imposición es *ex ante* (por otros llamado *deber primario*), hace que se trate de un *deber de aseguramiento*¹⁰⁹.

Por su parte, el *deber de retiro*¹¹⁰ se hace exigible cuando se continúa reportando síntomas por parte de los consumidores y a pesar de realizar las investigaciones correspondientes no se encuentra cuál es la sustancia que produce las afecciones, allí hay un período de *indeterminación*, por lo que la carga del trabajador/directivo está en suspender la comercialización y retirar el

¹⁰⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Lesiones corporales y responsabilidad penal por el producto. Comentarios al “caso Degussa*. op. cit. pp. 56.

¹⁰⁷ Cfr. KUHLEN, Lotard. *Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2002, pp. 75-76.

¹⁰⁸ *Ibíd*em pp. 84-85.

¹⁰⁹ BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. op. cit. pp. 518-520.

¹¹⁰ KUHLEN, Lotard. op. cit. pp. 73-75.

producto del mercado, para evitar que el nivel de peligrosidad aumente, este se realiza *ex post* (por otros llamado *deber secundario*) y por ende es un *deber de salvamento*.

Si bien es cierto que ambos deberes se estudian en el campo penal, el deber de advertencia tiene mayor desarrollo en el derecho privado mientras que el deber de retiro toma relevancia en el derecho penal, y en Alemania este se ha desarrollado principalmente mediante la *posición de garante*¹¹¹, asunto que se abordará a fondo en páginas más adelante.

2.1.2 España

2.1.2.1 Colza

En los años 80's un grupo de empresarios que se dedicaban a la importación de aceite de colza desde Francia hacia España para fines exclusivamente industriales, quisieron incursionar en la introducción de dicho aceite para uso alimentario¹¹². Es de anotar que estaba prohibida la importación de la colza para fines alimenticios porque se buscaba proteger la industria del aceite de oliva -producto estrella español- y para ello era obligatorio desnaturalizar el aceite de colza con ricino, a fin de que no fuera apto para el consumo humano. Este grupo industrial aceitero, solicitó permiso para desnaturalizar la colza con otras sustancias -entre ellas la anilina- para que el proceso resultara más económico y la administración española dio el visto bueno. Sin embargo, con el ánimo de iniciar una afronta al mercado del aceite de oliva -ante la conducta pasiva y flexible de la Aduana- un empresario decidió invertir el proceso de desnaturalización (es decir, pasar de desnaturalizado a naturalizado, haciéndolo apto para el consumo) y comenzó a vender la colza como aceite de

¹¹¹ VAN WEEZEL señala "(...) Existe una fuerte tendencia a considerar a todos los miembros de órganos decisorios de una empresa como revestidos de una posición de garante amplia respecto de eventuales hechos delictivos emanados de ella" VAN WEEZEL, Alex. op. cit. pp. 304.

¹¹² ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit. pp. 22.

uso alimentario, generando cientos de consumidores muertos y miles más lesionados¹¹³, en lo que se denominó el *síndrome tóxico*¹¹⁴.

Estos hechos fueron de conocimiento del ente acusador español, que adelantó el proceso hasta que en la Audiencia Nacional encontró culpables a trece de los procesados en calidad de autores y partícipes, por el delito de imprudencia temeraria profesional, estafa y por un delito especial contra la salud pública, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Supremo en sede de casación¹¹⁵.

En la resolución de este caso la judicatura española tuvo que enfrentar el problema de la causalidad, pues tal como fue establecido por la Audiencia Nacional se enfrentaban a un caso de *causalidad compleja*¹¹⁶ principalmente porque no hubo certeza técnico-científica que comprobara que la colza fuera el causante del *síndrome tóxico*, ya que hubo disidencia entre los distintos dictámenes periciales aducidos en juicio, situación que llevó a que en la teoría del caso hubiera dos hipótesis de la causalidad; la primera, que indicaba que el proceso de desnaturalización del aceite de colza realizado con anilina generaba efectos contraproducentes en la salud de los consumidores; y la segunda que señalaba que los malestares causados se debían a que el aceite de colza no había sido refinado.

La Audiencia Nacional resolvió que para determinar la relación de causalidad en casos complejos, ello se lograría realizando un ejercicio lógico-hermenéutico que para el caso de la colza consistió en verificar un mismo hecho (los síntomas comunes de las víctimas) presente en muchos casos

¹¹³ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo. *Causalidad y responsabilidad*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2006, pp. 2.

¹¹⁴ Véase BRONCHUD HERNANDEZ, M. Mecanismos patogénicos en el síndrome tóxico y leucotrienos, Panorama, pp. 164-169.

¹¹⁵ ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit. pp. 23-25.

¹¹⁶ Ídem

similares (el consumo de colza) y descartar que el hecho fuere producido por otra causa.

Este precedente jurisprudencial fue objeto de fuertes críticas por la doctrina, PAREDES CASTAÑÓN advierte:

“En este supuesto, la solución de dar por probada la relación de causalidad únicamente sobre la base de la coincidencia temporal entre acción y resultado me parece una respuesta harto insuficiente. Pues, en efecto, ha de resultar obvio que la mera coincidencia temporal carece, prácticamente, de cualquier potencialidad explicativa en términos causales. Es decir, que, en ausencia de un fondo de leyes fenoménicas (causales) aplicables, el mero hecho de que dos fenómenos coincidan en el tiempo (aparezcan y desaparezcan aproximadamente al mismo tiempo) no dice aún nada sobre su conexión causal. Más propiamente, sí que dice algo, aunque insuficiente: tan sólo que la relación causal es posible; pero no, desde luego, que exista. De igual modo, en el «caso de la colza», el hecho de que, en general (y aproximadamente), coincidieran en el tiempo y en el espacio los actos (comprobados) de venta del aceite y la detección de síntomas de lo que luego se dio en llamar «síndrome tóxico», indica, desde luego, a cualquier ciudadano medianamente perspicaz que puede haber una conexión. Mas ese ciudadano perspicaz e intuitivo se volvería temerario si, sobre esa única base, afirmara rotundamente la existencia de una conexión causal. Pues, para poder realizar fundadamente esta última afirmación, debería conocer alguna(s) ley(es) fenoménica(s) que establezca(n) con seguridad la conexión entre uno y otro fenómeno. En otro caso, la afirmación de la relación de causalidad es una presunción, no una

certeza (como exigen, sin embargo, que exista las reglas de la prueba en nuestro proceso penal)¹¹⁷.

En similar sentido MUÑOZ CONDE señala:

“En el caso de la colza, pareció obvio que algunos empresarios que vendieron el aceite que habían adquirido de otras empresas dedicadas a la comercialización de aceites para el consumo humano, desconociendo que se trataba de aceite de colza, la causalidad del producto en los daños producidos no les deparara ningún tipo de responsabilidad penal. Pero, en estricta aplicación de las reglas de imputación del Derecho penal, tampoco debería haberse derivado ninguna responsabilidad penal por el resultado, aunque sí por el correspondiente delito de peligro, para los que conocían este extremo o incluso habían realizado las mezclas, si, por ej., la causalidad concreta del producto respecto a los daños producidos se hubiera originado por su deficiente transporte o almacenamiento (porque, por ej. las cisternas de los camiones que habían sido utilizados antes para el transporte de abonos líquidos no habían sido limpiadas adecuadamente, o los depósitos en los que el aceite estuvo almacenado durante un cierto tiempo hubieran servido antes para almacenar otros productos tóxicos; algo que, sin embargo, en el caso de la colza no quedó probado)¹¹⁸.

Las anteriores críticas permiten advertir que existe una problemática en la determinación de la relación de causalidad en los casos de productos defectuosos y que si bien es cierto que con el avance de la ciencia en el presente sería más fácil establecer con certeza la causalidad, ello no impide

¹¹⁷ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José. *De nuevo sobre el «caso de la colza»: Una réplica*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2000, pp. 95-97.

¹¹⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal español*, Revista Derecho y Sociedad, 1995, pp. 269.

que se acepte que mediante indicios y otros medios probatorios analizados de manera conjunta y en contexto, se pueda llevar al *convencimiento subjetivo* del juez sobre la existencia de la relación de causalidad, sin necesidad de que medie prueba técnico-científica pues las condiciones de tiempo, modo y lugar siempre implicarán una dificultad para su determinación.

Eso sí, se debe enfatizar en que frente al análisis de casos de responsabilidad penal por el producto defectuoso la imputación objetiva es el elemento más relevante dentro del juicio de adecuación típica, en la medida en que a través de criterios normativos previamente establecidos en la legislación penal se pueda poner en cabeza de los implicados -fabricante, gerente comercial- la conducta punible desplegada, generalmente a través de la empresa. Por lo que a continuación se estudiará cuáles criterios son adecuados para realizar la imputación objetiva y cómo ha sido su evolución.

2.2 Evolución dogmática de los criterios de imputación objetiva en la responsabilidad penal por el producto

2.2.1 Riesgo jurídicamente desaprobado

Este criterio de imputación objetiva ha sido desarrollado principalmente por ROXIN¹¹⁹, que admite que la sociedad actual, dentro de sus formas de interacción, puede estar abocada al desarrollo de actividades riesgosas, pero el derecho penal entrará cuando ese riesgo genere una lesión o haya puesta en peligro de un bien jurídico que no deba ser tolerada por parte del sujeto pasivo afectado en el respectivo curso causal¹²⁰.

Respecto del riesgo jurídicamente desaprobado y el juicio de imputación objetiva REYES ALVARADO señala:

¹¹⁹ Cfr. ROXIN, Claus. *Estudios de derecho penal: fundamentos político-criminales y sistemáticos del derecho penal. Causalidad e imputación objetiva*, Nueva Jurídica, 2016.

¹²⁰ Cfr. BARBOSA CASTILLO, Gerardo. "Teoría del delito. Tipo objetivo" AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal: Parte general*, Universidad Externado de Colombia, pp. 218.

“Para la determinación de si es un riesgo jurídicamente desaprobado o no, lo determinante no es entonces lo que el individuo pudo hacer para evitar el resultado, sino aquello que debió haber hecho para impedirlo. (...) Desde este punto de vista, la valoración de un riesgo como permitido o prohibido presupone la confrontación de la conducta efectivamente desarrollada con una conducta hipotética que es la que debería haberse desarrollado”¹²¹.

Entonces para la atribución, se debe tener en cuenta la diferenciación entre *riesgos permitidos* y *riesgos desaprobados*¹²². Los primeros serán aquellos riesgos que la sociedad admite como tolerables, están legalmente permitidos y en algunos casos regulados normativamente como la conducción de vehículos automotores; en estos las reglas de la experiencia han demostrado que dicha actividad riesgosa de forma muy poco probable lesionará un bien jurídico, ello siempre y cuando la actividad se realice en el marco de la regulación respectiva y de los estándares sociales exigidos. Los segundos, son los riesgos que están rechazados por el ordenamiento jurídico a través de una prohibición, pues su realización *per se* genera una alta probabilidad de vulneración a un bien jurídico.

Entonces el primer elemento de este criterio de imputación objetiva es la *creación de riesgo jurídicamente desaprobado*, lo que evidentemente lleva a deducir que aquellos casos en los que se trate de una actividad de riesgo permitido se excluyen de imputación¹²³.

¹²¹ Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 2005, pp. 122-123.

¹²² Para determinar si se trata de un riesgo permitido o desaprobado se debe acudir a: i) Ley o reglamento, ii) *Lex artis*, iii) Actuación de hombre diligente promedio, iv) Adecuación social y v) Información suficiente respecto de la actividad desarrollada.

¹²³ Cfr. LOPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 72.

El segundo elemento es la *realización del riesgo*¹²⁴, en la que se señala que no basta la sola creación del riesgo jurídicamente desaprobado sino que dicho riesgo debe realizarse y generar la descripción de una conducta típica, por lo que se excluirán acá aquellos casos en los que si bien se creó un riesgo desaprobado, en el desarrollo y culminación de la actividad riesgosa no hubo ninguna incidencia en bienes jurídicos.

El tercer elemento es la *relación entre riesgo creado y realizado*, la presencia de un nexo lógico-jurídico entre la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y su realización, pues habrá casos en los que en un mismo curso causal existe la creación de riesgo desaprobado y un riesgo realizado, pero entre estos no se sigue el nexo lógico, en virtud de que el riesgo realizado es atribuible a persona distinta a la que creó el riesgo desaprobado y también serán excluidos¹²⁵.

Una vez verificados los anteriores elementos se puede realizar la imputación objetiva, en la que se atribuirá en cabeza de una persona la comisión de un delito mediante un riesgo jurídicamente desaprobado, por lo que posteriormente deben observarse el resto de los elementos de la tipicidad, la antijuridicidad y culpabilidad. Realizado un análisis muy breve del criterio de imputación objetiva en estudio, será menester revisar cómo es su aplicación frente a los productos defectuosos; de antemano es importante advertir que el riesgo jurídicamente desaprobado será el criterio de mayor dificultad.

La regla general es que la fabricación de productos es un riesgo permitido. Esta afirmación se puede sustentar en el reconocimiento de que, cada vez más la sociedad tiende a la sectorización del mercado, porque cada persona se

¹²⁴ Ibídem pp. 73.

¹²⁵ BARBOSA explica “A modo de ejemplo se menciona la hipótesis de la persona que conduce en exceso de velocidad durante un largo tramo de su recorrido y, cuando ya ha ajustado su conducta a los reglamentos de tránsito atropella a un peatón que se lanza intempestivamente a la calzada. El nexo causal es inobjetable, la creación de un riesgo desaprobado también es evidente, pero el riesgo que se realiza es uno distinto, atribuible al peatón”. BARBOSA CASTILLO, Gerardo. op. cit. pp. 218.

especializa en su técnica, oficio o labor de tal forma que le pueda dar un aporte a los demás, esperando, así mismo, que las otras personas realicen las actividades en las que son profesionales para satisfacer sus propias necesidades. Esta relación se presenta transversalmente entre consumidores y productores, por ende las personas asumimos ese riesgo y ello deviene en que es un riesgo permitido socialmente.

Aunque los derechos fundamentales a la iniciativa privada y a la libertad de empresa generan que en principio exista libertad en la fabricación de productos, respecto de la fabricación de productos de carácter alimentario y farmacéutico (por tratarse de consumo humano) y de otros productos que tengan relación directa o indirecta con la salud humana están previstas las normas sanitarias, fitosanitarias, los reglamentos técnicos¹²⁶ y las disposiciones normativas de circulares jurídicas expedidas por distintas entidades del Estado tales como la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia de Industria y Comercio, el Invima, entre otros, en las que se señalan requisitos y estándares para la fabricación de dichos productos. Estas han sido condensadas en el concepto de *reglas técnicas*¹²⁷.

También están las *prohibiciones*¹²⁸, que son incumplimiento a disposiciones normativas que expresamente prohíben ciertas conductas en la fabricación de productos. Así pues, cuando el fabricante incumpla las normas de fabricación de un producto tratándose de un incumplimiento determinante¹²⁹ en la producción de la conducta típica que se busca atribuir. Por ejemplo, un

¹²⁶ Son expedidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Superintendencia de Industria y Comercio los compila y clasifica, dentro del tema que se está abordando se encuentran las siguientes áreas: Productos de consumo personal, industria, de consumo en el hogar. Este punto es uno de los de mayor importancia con el *compliance*, ya que las *normas técnicas* no sólo se restringen a las que pide esta autoridad estatal, pues las empresas y gremios en virtud de la *autorregulación*, pueden promulgar sus propias normas técnicas dentro de su respectivo sector económico, las cuales tendrían plena eficacia a efectos de la imputación objetiva por riesgo jurídicamente desaprobado. Así sucede en lo que hoy día se conoce como el *pharma compliance*.

¹²⁷ BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. op. cit. pp. 522.

¹²⁸ *Ibídem* pp. 521.

¹²⁹ Por lo que si el incumplimiento no es determinante, quedará excluido de imputación

fabricante de juguetes que incumple en la fabricación y/o embalaje de un juguete el requisito de que *“los juguetes, sus partes y los embalajes no deberán presentar riesgo de estrangulamiento o asfixia”*¹³⁰ y con tal incumplimiento comercializa el juguete y causa la muerte de varios niños quienes al usarlo se asfixiaron. En esta hipótesis, se debe verificar que exista un nexo lógico entre el incumplimiento normativo (riesgo creado) y el resultado generado en los consumidores (riesgo realizado).

Tal como advierte REYES ALVARADO *“la eliminación total de riesgos que el empleo de algunos productos y el ejercicio de ciertas actividades encierran es irrealizable, y por ello solo es exigible a los productores una minimización de esos riesgos para hacerlos compatibles con la vida de relación social”*¹³¹. Lo que implica que todas las situaciones riesgosas en materia de productos defectuosos escapan a la inventiva legislativa, por lo que para establecer si el riesgo creado es jurídicamente desaprobado no se puede acudir a norma o reglamento.

En este caso, para determinar la desaprobación del riesgo, se flexibiliza el criterio jurídico, y se realiza más una determinación social del riesgo, principalmente a través de los criterios de *estado actual de la ciencia* y la *lex artis*. El primero consiste en acudir a la información suficiente para la realización de una actividad potencialmente peligrosa, es decir, informarse sobre las consecuencias que puede generar el producto en especial cuando se han realizado reportes del producto como defectuoso por parte de los consumidores. La segunda se refiere a acudir a los protocolos y técnicas

¹³⁰ Resolución 3388 de 2008 del Ministerio de Protección Social, modificada por la Resolución 3117 del 2015, compilado como “Reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios de los juguetes, sus componentes y accesorios” por la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹³¹ REYES ALVARADO, Yesid. op. cit. pp. 178.

científicamente aceptadas como vinculantes y que aplican principalmente para la fabricación de productos farmacéuticos¹³².

La operabilidad de estos criterios para establecer la desaprobación consiste en que se desarrolle una conducta indiferente, imprudente, imperita o negligente frente a las exigencias del *estado de la ciencia* y la *lex artis* frente a la fabricación de un producto, que adicionalmente dicha desatención implique una vulneración al principio de *neminem laedere*¹³³ (no dañar a nadie), por lo que para que se trate de un riesgo jurídicamente desaprobado debe causar un daño que se refleje en un resultado típico.

La crítica principal al criterio del riesgo jurídicamente desaprobado para la imputación objetiva en los productos defectuosos tiene que ver con la dificultad para establecer la juridicidad o antijuridicidad del riesgo, en la medida en que la producción comercial está atada a dinámicas del mercado de constantes cambios y, el derecho no necesariamente va a la par de las innovaciones comerciales por lo que muchas áreas no van a encontrarse reguladas, de manera que la determinación del riesgo queda en un área gris que debe llenarse con las fuentes subsidiarias como la *lex artis* y la adecuación social¹³⁴, que en la mayoría de los casos no resultan idóneas ya que por la misma novedad no hay un concepto social o científico uniforme que realice la delimitación entre aprobado o desaprobado, y por lo tanto se queda más en un plano de la subjetividad.

¹³² Cfr. MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo. “La responsabilidad penal por el producto. Especial referencia al producto farmacéutico” AA.VV. *XXXII Jornadas Internacionales de derecho Penal: Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 305-362.

¹³³ BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. op. cit. pp. 515.

¹³⁴ Acá nuevamente hay que resaltar la importancia del *compliance* en su función dual, prevenir el delito y generar una autorresponsabilidad empresarial. Las normas técnicas, estándares y *lex artis* que las empresas y gremios determinen para su actividad empresarial, sirven para establecer si se incumplió el programa de cumplimiento, lo que conllevaría a considerar que se trata de un riesgo desaprobado y una posible responsabilidad penal, así como un criterio que colma las lagunas de actividades económicas no reguladas.

2.2.2 Posición de garante

Este criterio normativo de imputación ha sido desarrollado por JAKOBS¹³⁵ bajo el sistema funcionalista que a su vez se basa en la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN. Este criterio propone que todas las personas tienen un rol en la sociedad y en virtud de este se nos asignan ciertos deberes, los cuales dependerán de la órbita de competencia en la que nos ubiquemos. Así pues se habla de competencia *institucional* y *organizacional*; la primera se refiere a la serie de instituciones que devienen históricamente impuestas, como el matrimonio, la paternidad, etc.; y que generan deberes entre quienes participan en ellas: los deberes del marido con su cónyuge, los del padre con su hijo, y viceversa. Por su parte, la competencia organizacional indica que cada persona tiene una libertad de configuración personal de su forma de vida, en donde puede realizar cualquier actividad y cuyo único límite es que su conducta no afecte el ámbito de configuración organizacional de terceros, y si lo afecta debe cumplir deberes tendientes a cesar dicha intromisión.

Entonces en términos generales, la *posición de garante* es la calidad que una persona adquiere y genera la obligación de cumplir un *deber necesario* para proteger una *expectativa normativa* respecto de otra persona, sea por la conducta que el sujeto activo desplegó (por organización) o por la relación que tiene frente a una persona en determinadas circunstancias (por institución), y que dicho incumplimiento del deber exigible hace imputable objetivamente una conducta típica.

Para los productos defectuosos, dentro del contexto de la competencia organizacional, está la idea de que el fabricante desarrolla su libertad de organización en el marco del mercado, produciendo y comercializando productos que le generan un margen de ganancias pero que con el paso del

¹³⁵ Cfr. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2001.

tiempo pueden causar una afectación de la esfera de los consumidores, en la medida en que un defecto del producto genera daños de especial relevancia en su salud con ocasión del uso del mismo.

El fabricante tiene posición de garante frente a las expectativas normativas de los consumidores, por lo que se expondrán a continuación los deberes (mandatos) que tiene el fabricante cuando conoce la defectuosidad de su producto:

El *deber de salvamento*, que ya se había abordado anteriormente en la experiencia de la jurisprudencia alemana, que consiste en el retiro del producto del mercado o en la suspensión de la producción, dependiendo de las variantes del caso¹³⁶.

El *deber de información*, que apunta a que el fabricante se informe adecuadamente sobre el producto, sus componentes, su forma de fabricación, los posibles efectos nocivos que genera *per se*, los procesos de prueba en animales y humanos, la incidencia de los materiales de embalaje del producto, y lo relativo a suministrar instrucciones para el uso apropiado¹³⁷.

El *deber de advertencia*, cuando hay certeza sobre la peligrosidad del producto pero no sobre su origen, consiste en que las empresas deben advertir en el empaque del producto las consecuencias que se sabe han producido en la salud de los consumidores¹³⁸.

El deber de *vigilancia y control* del producto, principalmente cuando se trata de productos recién lanzados al mercado y que sean de uso directo por parte de los consumidores, tales como productos farmacéuticos, cosméticos,

¹³⁶ BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. op. cit. pp. 518.

¹³⁷ Ídem

¹³⁸ BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. op. cit. pp. 519.

alimenticios, existe para verificar cómo se adapta al uso del consumidor en condiciones de normalidad¹³⁹.

En cada órbita de competencia existen unos subcriterios de imputación; frente a la competencia organizacional tradicionalmente se ha acudido al subcriterio de la *injerencia*¹⁴⁰ para realizar el ejercicio de imputación objetiva en los productos defectuosos, que consiste en la obligación de neutralizar un curso causal lesivo desbordado¹⁴¹.

La Corte Suprema de Justicia estudiando la injerencia ha señalado:

“La competencia por injerencia supone que quien ha causado un peligro anterior a bienes jurídicos (generalmente antijurídico), está llamado a conjurar las consecuencias que de tal situación se produzcan, mediante deberes de salvamento”¹⁴².

Al respecto señala JAKOBS:

“Para un estudio de la injerencia, es decir, de los deberes que resultan de un determinado comportamiento previo, no solo es de la mayor importancia la separación de relaciones positivas y negativas, sino también la independencia de esta distinción de la diferenciación entre hacer y omitir. Ciertamente, a primera vista el contenido de la relación positiva parece ser el de un mandato de apoyo activo, mientras que el contenido de la relación negativa parece ser el de una prohibición de lesión; pero en primera impresión es engañosa. Las relaciones positivas también pueden presentarse en forma de prohibiciones; en particular, se

¹³⁹ Ídem

¹⁴⁰ Así lo plantea JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho*, op. cit. pp. 43 y ss.

¹⁴¹ Cfr. ANDRADE CASTRO, Alexander. “El delito de omisión”, AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 479.

¹⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de abril del 2018, Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa.

prohíbe al sujeto obligado que haga dejación de su capacidad para cumplir su deber. Dicho con un ejemplo: a los padres que deben vigilar a sus hijos les está prohibido alejarse de sus hijos. A la inversa, -y esto aquí es más importante-, las relaciones negativas pueden configurarse como mandatos, concretamente, cuando es necesario un mandato para evitar o cesar la lesión de una organización ajena. Dicho de nuevo con ejemplo: el propietario de un perro debe ordenarle que se detenga cuando éste está en disposición de morder a otras personas”¹⁴³.

Dado que la injerencia en los casos de productos defectuosos puede presentarse en eventos de relaciones positivas y negativas, en cada caso se concretarán en un mandato o en una prohibición. En suma, para poder realizar una imputación objetiva al fabricante bajo la posición de garante se debe revisar: que exista *injerencia*, es decir la conducta del fabricante que ocasionó intrusión en el ámbito de organización del consumidor, que necesariamente se genere un resultado típico, y que el fabricante haya incumplido un deber que le resultara exigible.

Sin embargo, el criterio tradicional de la *injerencia* para fundar la posición de garante en los productos defectuosos ha sido fuertemente criticado en la forma en la que fue expuesto por el BGH para el caso *Lederspray*, en el que vale la pena resaltar lo siguiente:

“Las críticas formuladas al razonamiento del BGH sobre la injerencia muestran que el aspecto más problemático de esa posición de garante en los casos de responsabilidad por el producto consiste en la contrariedad a deber del actuar previo. Normalmente los productos son colocados en el mercado “bona fide”, esto es, partiendo del supuesto de

¹⁴³ JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho*, op. cit. pp. 13.

que no representan ningún peligro para los consumidores. Es usual que la peligrosidad del producto en el momento de su puesta en el mercado no sea cognoscible, ni siquiera cumpliendo cabalmente con los respectivos deberes de diseño, fabricación e instrucción; en estos casos, el peligro (= riesgo de desarrollo) solo "se hace visible" de modo paulatino. Por eso, hasta el momento en que la peligrosidad se puede (o debe) advertir no cabe reprochar al fabricante ninguna conducta contraria a Derecho. Esto explica que la injerencia -concebida como un actuar previo con infracción de deber- permita en muy pocos casos fundar una posición de garante del fabricante"¹⁴⁴.

Debido a lo anterior, gran parte de la doctrina alemana ha descartado ya la injerencia como subcriterio en la posición de garante del fabricante de productos defectuosos bajo la forma del *actuar precedente*.

Entonces, la doctrina posteriormente justificaría la posición de garante más bien en una *asunción de protección* de bienes jurídicos en cabeza del fabricante. Así, se señala que los consumidores asumen un grado de riesgo, en la medida en que cuando estos adquieren un producto no están en la capacidad de establecer la seguridad y demás calidades del producto, y por lo tanto lo compran y usan de buena fe frente al fabricante. En ese orden de ideas, ante una relación desequilibrada entre el consumidor y el fabricante, donde el primero es inferior y parte débil, se afirma que el fabricante tiene que asumir la protección de los bienes jurídicos del consumidor que puedan ser lesionados con ocasión de un producto que resulte defectuoso. Se trata de un deber especial del fabricante de riesgos sobrevinientes al producto y de llegar a concretarse estos en un resultado lesivo, surge el deber de realizar todo lo

¹⁴⁴ Cfr. CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro. *La posición de garante del fabricante en el derecho penal alemán*, Revista de Política Criminal, Chile, 2017, pp. 18.

necesario para proteger los bienes jurídicos de los consumidores anticipándose a la consumación del riesgo¹⁴⁵.

La *asunción de protección* difiere de la injerencia, ya que se trata de una posición de garante permanente, como la que existe entre médico – paciente, mientras que la injerencia es una posición de garante transitoria que sólo surge a través de la realización de una acción u omisión concreta previa. Respecto del fundamento, la injerencia vincula la posición de garante por la intromisión al ámbito ajeno de organización por una actividad desbordada, en tanto que en la asunción de protección es vista como un deber del fabricante debido a su posición de superioridad.

ROXIN, en un estudio de la posición de garante en los productos defectuosos, en lo relativo a la asunción de protección acertadamente establece:

“También el hecho de que el productor o fabricante es el primero que puede adquirir amplias informaciones sobre defectos que aparecen posteriormente, descubrir fuentes de los fallos por medio de la reconstrucción de los métodos de elaboración, y debido a su conocimiento de las vías de distribución, parar antes que nadie y encontrar la forma de acceso a los clientes que están en peligro, habla a favor de considerar que el cliente se tiene que confiar a sus conocimientos superiores y correlativamente el fabricante, dentro de lo posible, tiene que asumir su protección”¹⁴⁶.

Es necesario resaltar que la asunción de protección surgió en Alemania gracias a SCHUNEMANN¹⁴⁷, que desafortunadamente señaló que esta teoría sólo aplica a los *productos de marca* indicando que aquellos son los únicos que se

¹⁴⁵ Ibídem pp. 37-39.

¹⁴⁶ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, 2014, pp. 925.

¹⁴⁷ SCHUNEMANN, Bernd. *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, Wistra, 1982, pp. 41-50.

auspician bajo un seguimiento en las condiciones de seguridad inclusive luego de su comercialización y por esa prestación específica tienen un costo más alto. En contraposición están los productos sin marca, aquellos que son anónimos y de los que a simple vista no se puede determinar quién es su fabricante, sin embargo se advierte que dicha distinción no tiene ninguna relevancia para la posición de garante del fabricante, pues ello llevaría a que este pudiera exonerarse de sus deberes transformando el producto a uno sin marca. Adicionalmente, hoy en día son muy pocos los productos sin marca que subsisten debido a la influencia de la propiedad industrial y la competencia en el mercado.

Finalmente, también ha sido objeto de discusión la posición de garante de los miembros de la junta directiva de la empresa por la toma de decisión frente a los deberes precedentemente señalados, como cuando se votan en dicho órgano colegiado medidas como el retiro del producto y la junta en decisión mayoritaria decide continuar con la comercialización del producto. Frente a estos supuestos, como en el caso *Lederspray*, se señaló que todos los miembros de la junta directiva incumplieron individualmente el deber que era exigible, y que cada uno de los miembros debió hacer todo lo posible para obtener el retiro del producto y por ende resultan responsables¹⁴⁸; sin embargo, no se considera que este sea un problema de imputación objetiva, se aprecia que las decisiones de órgano colegiado son un problema de autoría y participación para el que aquí sólo se señala que deben aplicarse las figuras propias del derecho penal económico, tales como la determinación de responsabilidad en el nivel vertical-horizontal y la delegación¹⁴⁹.

¹⁴⁸ En comentario de la postura de la jurisprudencia alemana en el caso *Lederspray*; REYES ALVARADO, Yesid. op. cit. pp. 181

¹⁴⁹ Véase RAMIREZ BARBOSA, Paula; CASTRO CUENCA, Carlos. *Derecho penal económico*, op. cit. pp. 188 y ss.

2.2.3 Principio de confianza

El principio de confianza desde el punto de vista sociológico se basa en las posturas de NIKLAS LUHMANN, principio que se ha entendido como un *mecanismo de reducción de la complejidad*¹⁵⁰ en la dinámica jurídico-social, bajo la lógica de que cada individuo que cumple las normas jurídicas espera que las demás personas también las cumplan, pues de lo contrario, sería imposible llevar a cabo actividades en las que estén involucradas otras personas por estar ante la incertidumbre de si las demás personas infringirán las normas de la actividad que se trata.

A través de dicha perspectiva sociológica, el principio de confianza ha sido aplicado en el derecho penal como un criterio normativo de estudio dentro de la imputación objetiva, principalmente para excluir la responsabilidad penal¹⁵¹ de una persona por el comportamiento de terceros, pero que se considera también que puede ser usado como un criterio complementario de atribución de responsabilidad, por lo que tiene una característica dual dentro del estudio de los cursos causales, situación que se explicará más adelante.

Antes, es necesario reseñar que el principio de confianza se usó inicialmente en la jurisprudencia alemana en conductas culposas desarrolladas en el tráfico automotor, donde se establecía que la peligrosidad de conducir un automóvil respecto de bienes jurídicos indeterminados no sólo depende de la pericia, prudencia y diligencia de quien lo conduce, sino que también influirá el comportamiento de los demás participantes del tránsito¹⁵². Y, que todo conductor que cumple con las normas de tránsito espera que los demás

¹⁵⁰ Cfr. BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. *El principio de confianza en un derecho penal funcional*, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 35 y ss.

¹⁵¹ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal*, Revista de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 44.

¹⁵² *Ibídem* pp. 47.

también las cumplirán¹⁵³ para que el tráfico automotor sea *seguro y fluido*. En consecuencia de lo anterior, si (A) está conduciendo un vehículo y observa que el semáforo concede luz verde puede seguir su marcha, pero cruzando la intersección, un conductor (B) también se cruza irrespetando la luz roja, y en dicha colisión mueren varias personas. Entonces, (A) queda excluido de imputación objetiva por homicidio culposo bajo el principio de confianza, ya que conducía en observancia del derecho de prelación que le otorga la luz verde del semáforo, mientras que a su vez a (B) se le atribuye imputación objetiva por homicidio culposo por la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado.

En punto del principio de confianza como criterio negativo de imputación objetiva la Corte Suprema ha establecido:

“Tal principio de confianza opera en una comunidad determinada de interrelación, cuando quien realiza el riesgo tolerado conforme a las normas que disciplinan la actividad correspondiente puede esperar que quienes intervienen en el tráfico jurídico también observen a su vez las reglas pertinentes, de modo que no se le puede imputar un resultado antijurídico en desarrollo de la actividad riesgosa permitida conforme al deber de atención, si en ésta interfiere un tercero que desatiende la norma de cuidado que le es exigible, o si a pesar de no atender la norma de cuidado esta desatención no fue determinante en tal producto, sino la injerencia, dolosa o culposa, de ese tercero”¹⁵⁴.

Sin embargo el principio de confianza como criterio negativo de la imputación objetiva no aplica de forma absoluta, y se han reconocido ciertas excepciones frente a las cuales no se puede invocar: i) Cuando se trata de cursos causales

¹⁵³ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de derecho penal*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 504.

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de abril del 2006, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

en los que se ve involucrado un sujeto no autorresponsable; como cuando un niño se cruza una vía corriendo, los conductores en la vía no pueden aplicar su derecho de prelación vial y deben hacer todo lo posible para frenar la marcha antes de que el menor sea alcanzado con la materialidad del vehículo, ii) Cuando se tiene posición de garante, y iii) Cuando se infringe el deber de cuidado propio, como cuando alguien que venía en estado de embriaguez y a exceso de velocidad en una intersección vial no puede alegar que esperaba que el otro conductor frenara, ya que en estos casos prevalece el principio de seguridad.

Además de recurrir al principio de confianza para solucionar cuestiones relativas a conductas imprudentes en el tráfico automotor, también se ha acudido al principio de confianza para resolver la imputación objetiva en asuntos en los que hay *división del trabajo*, por el desarrollo de actividades con *aportes ajenos*¹⁵⁵, principalmente en asuntos médicos y otros propios del derecho penal de la empresa.

Entonces esto abre paso al estudio del principio de confianza como criterio normativo de exclusión de la imputación objetiva en los productos defectuosos, pues es claro que el procedimiento de fabricación de un producto está sometido a una división del trabajo, dentro de las distintas áreas de la empresa. Así pues está el área de investigación, que se encarga de analizar las sustancias que componen un producto para alcanzar determinados fines en la salud o estética del consumidor, el área de publicidad que se encarga de establecer qué es lo que buscan los consumidores, el área de producción donde se fabrica el producto, y el área de distribución y comercialización que se encarga del embalaje, envío y venta del producto¹⁵⁶.

¹⁵⁵ BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. *El principio de confianza en un derecho penal funcional*, op. cit. pp. 65 y ss.

¹⁵⁶ IÑIGO afirma “*Teniendo en cuenta las complejas circunstancias de producción, así como en otras fases de la empresa, es necesaria para una organización eficaz, la descentralización*”. IÑIGO CORROZO, María. *La responsabilidad penal del fabricante*, op. cit. pp. 249

Así, la utilidad del principio de confianza sirve para delimitar la imputación objetiva entre toda la organización empresarial, para esclarecer cuál es el área y consecuentemente el o los trabajadores que tuvieron influencia en que el producto resultare defectuoso. Respecto de la organización empresarial, en la doctrina del derecho penal de la empresa se habla del *principio de separación de esferas*, según el cual cada trabajador es responsable únicamente de lo que corresponde a su *estricta competencia*, por lo que debe ser *neutral* respecto al ejercicio de competencias ajenas¹⁵⁷. Sin embargo, cuando se presenta *delegación* de funciones, el administrador que delega una función propia debe verificar que el subordinado que selecciona sea apto para el ejercicio de la función, en estos casos se flexibiliza el principio de separación de competencias, ya el administrador no debe ser neutral en el ejercicio de la función por parte del subordinado, sino que debe realizar *deberes de vigilancia* para verificar que no se causen resultados lesivos al interior de la empresa o externamente, pues tiene posición de garante¹⁵⁸.

Conforme a lo anterior, se hace la diferenciación entre división del trabajo *horizontal* y *vertical*¹⁵⁹; frente al primero se entiende la división de funciones entre personas que se encuentran en un mismo nivel jerárquico, los *partners*¹⁶⁰, en el que cada uno asume la responsabilidad derivada del ejercicio de su función debido a su especialidad y debe ser neutral respecto de la función ajena ya que no tiene conocimiento en dicha competencia. Por su

¹⁵⁷ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, op. cit. pp. 166 y 182.

¹⁵⁸ En Alemania, la posición de garantía del administrador respecto del control interno de la empresa se denomina *Beschutzergarant*, mientras que la que tienen por control de riesgos externos se conoce como *Überwachungsgarant*, ibídem pp. 156.

¹⁵⁹ FEIJOÓ opina “Hay que señalar que el nivel de confianza permitido en el ámbito de la empresa depende del plano en el que se mueva una persona y la posición que ocupe dentro de la organización; dicho nivel de confianza no es igual para todos. Ello es consecuencia de que los deberes que generan responsabilidad penal dependen de la posición que se tenga dentro de la empresa”. SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, op. cit. pp. 180.

¹⁶⁰ Cfr. PUPPE, Ingeborg. *Arbeitsteilung und Verantwortungsteilung beim ärztlichen Heihandeln*, trad. por Nuria Pastor Muñoz, Revista Indret, Barcelona, 2006, pp. 4.

parte, la división vertical implica que dentro de los sujetos que se reparten las funciones existe una relación de jerarquía del uno respecto del otro, en este caso el principio de confianza no opera como criterio de exclusión ya que existe un deber de vigilancia y control en relación al subordinado, por ende el superior no puede confiar en las funciones del subordinado, sino que le corresponde cerciorarse que se hayan realizado adecuadamente.

Entonces, el límite del principio de confianza entre las labores de los operarios, dependería de la división de funciones dentro de la empresa; si es un nivel horizontal como entre el área de investigación y el de producción, cada una de las áreas puede confiar en que la otra hará correctamente su trabajo¹⁶¹, pero si se trata de relaciones verticales dentro de una misma área de la empresa como la existente entre un jefe de producción y el operario, no opera el principio de confianza como criterio de exclusión de la imputación¹⁶², ya que el jefe de producción tiene un deber de control y vigilancia frente a los subordinados de su área. La doctrina considera que el fundamento para hacer exigible el deber de vigilancia tiene su origen en el llamado *principio de desconfianza*, pues el superior no debe tener una “confianza ciega” respecto del ejercicio de la función, sino que debe estar atento al correcto desempeño de la misma, pues es garante en el ámbito empresarial. Esto se avizora a mayor intensidad si se presentan indicios que exponen un *comportamiento defectuoso* del trabajador y el superior tiene conocimiento de ello¹⁶³.

¹⁶¹ En ese sentido PAREDES y RODRÍGUEZ “No es posible afirmar de forma general que exista un deber de controlar lo sucedido en fases del proceso productivo anteriores a aquellas en las que uno interviene, y por el contrario, cada sujeto tiene derecho a confiar en una correcta intervención de los restantes”. PAREDES CASTAÑÓN, José; RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos defectuosos o alterados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 171.

¹⁶² Coinciden en este punto FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, op. cit. pp. 183., ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit. pp. 143.

¹⁶³ SILVA SANCHEZ, Jesús. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, op. cit. pp. 165. y ss.

Este deber de vigilancia del administrador debe aplicarse principalmente frente a conductas imprudentes de los operarios de la empresa¹⁶⁴. Así, por una parte; el administrador en caso de ejercer correctamente el control y vigilancia evitaría que el resultado lesivo se produzca, entonces lo consecuente en caso de que el administrador no ejerza el control o lo haga inadecuadamente será que deba imputársele esa conducta típica en su cabeza por incumplir su deber de vigilancia exigible por su posición de garantía (defraudando el principio de desconfianza), mientras que por otra parte los demás trabajadores que intervinieron en lo restante del proceso podrán alegar que confiaban en que el área de producción operaría conforme a los protocolos del producto y quedarán excluidos de imputación (por el principio de confianza “clásico”). Como por ejemplo, cuando se comete un error grave en el proceso productivo de un medicamento, pues uno de los operarios llega en estado de ebriedad a su puesto de trabajo y añade una sustancia distinta a la indicada en la tabla de composición suministrada por el laboratorio, y el administrador no se opuso a que el operario laborara en dichas condiciones, lo que conlleva a que el producto sea comercializado y cause graves daños a los consumidores.

Ahora, en los eventos en los que no se sepa con certeza el motivo de la defectuosidad del producto, bien porque el superior ha cumplido con ejercer la vigilancia de los operarios y pese a ello no ha detectado ninguna falencia o bien porque realizadas pruebas técnicocientíficas no se logra establecer cuál es el ingrediente o la combinación de ingredientes que presuntamente causan el resultado lesivo a los consumidores, no aplicaría el principio de confianza para excluir de imputación a los directivos de la empresa, pues como ya se explicó estos tienen posición de garante por asunción de protección frente al consumidor -recordemos que tener posición de garante es una excepción al

¹⁶⁴ Esto se explicará a mayor profundidad en el tercer capítulo, por lo pronto basta señalar que las conductas dolosas de los trabajadores no corresponden a nuestro tema de los productos defectuosos, pues si hay dolo se trata más bien de usar el producto como medio para alcanzar un fin criminal.

principio de confianza- y deben realizar los deberes de *aseguramiento* y *salvamento* tendientes a proteger efectivamente al consumidor.

Pero si se trata no de un producto defectuoso, sino de un inadecuado uso del producto, el fabricante si podría invocar el principio de confianza siempre y cuando cumpla con los deberes de información¹⁶⁵ que le son exigibles, pues en esos casos el razonamiento es que si al fabricante se le imponen deberes lo mismo se predica de los consumidores, por lo que el deber de información es *dual*, para el empresario de suministrarlo y para el consumidor de recibirlo. Entonces el fabricante puede confiar en que el consumidor acatará las precisas instrucciones que le fueron suministradas, y el mal uso del producto podrá tratarse como una *acción a propio riesgo* del consumidor¹⁶⁶.

Un último tema que se ha señalado por la doctrina en lo atinente al principio de confianza son los conocimientos especiales, cuando uno de los trabajadores por sus especiales conocimientos¹⁶⁷ dentro de lo llevado a cabo en la fabricación del producto se da cuenta que el producto está llamado a ser defectuoso, él no puede confiar en que los demás han cumplido su tarea, pues ya no se cumple el fin del principio de confianza como mecanismo de reducción frente a la complejidad por la incertidumbre, acá el trabajador tiene certidumbre de que alguien ha incumplido las normas y por tanto no puede continuar su fase de producción, y en caso de que se causen resultados

¹⁶⁵ En Colombia, el Estatuto del Consumidor – Ley 1480 del 2011 en los artículos 19 y subsiguientes desarrolla el tema, que se abordará a fondo en el tercer capítulo.

¹⁶⁶ Dentro de la forma del uso del producto en Colombia, se encuentra el controversial caso de las mini gelatinas, este producto es una gelatina de frutas envasada en un pequeña capsula de plástico de consistencia viscosa, en las que se reportaron muchas quejas ya que niños se ahogaban al consumir el producto, razón que llevo a que la Superintendencia de Industria Comercio, prohibiera la comercialización de dicho producto, ya que según el proceso administrativo llevado a cabo se comprobó que el producto generaba riesgo de asfixia fatal, daño cerebral por paro cardíaco respiratorio e infecciones pulmonares, entonces lo que se discutía con mayor intensidad estaba en el hecho en que si bien la gelatina podría generar esos riesgos, el problema se trataba más del uso responsable y vigilado del producto de los menores por sus padres de familia.

¹⁶⁷ No se trata de los conocimientos que le permiten desempeñar su trabajo sino de otra clase de conocimientos de mayor especificidad. En ese sentido BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. *El principio de confianza en un derecho penal funcional*, op. cit. pp. 89-90.

lesivos típicos a los consumidores, se considera que dicho operario no podrá invocar el principio de confianza para excluirse de imputación.

El ejemplo que propone ESCOBAR VELEZ en su libro es del operario de una fábrica que estudia química y en desarrollo de sus labores en la empresa en la manufactura de un alimento se da cuenta que al añadir una sustancia indicada en el recetario junto con la mezcla de los otros ingredientes puede causar graves efectos para la salud humana si es consumida, pero a pesar de ello añade la sustancia y el proceso continua¹⁶⁸. Entonces se indica que en estos casos habría un límite al principio de confianza, por tanto el operario no puede alegarlo en su favor, sin entrar en detalle respecto de la posible responsabilidad penal de aquel¹⁶⁹.

En conclusión, para finalizar este capítulo, la imputación objetiva es de vital trascendencia para los supuestos de productos defectuosos que producen resultados lesivos típicos, en la medida que se pueden presentar dificultades prácticas en la determinación de la relación de causalidad, por lo que la atribución de responsabilidad penal desde el punto de vista normativo -y no meramente material- será a través de los criterios de imputación.

Así pues, en los casos en los que haya un proceso productivo en manifiesta desatención a las normas, reglamentos y estados de la técnica que son

¹⁶⁸ ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit. pp. 144.

¹⁶⁹ Para algunos los conocimientos especiales deben estudiarse en tipicidad, mientras que para otros son asuntos de análisis desde la culpabilidad en la exigibilidad de otra conducta. Frente al clásico ejemplo del camarero que va a servir un plato, que es estudiante de biología y por sus conocimientos en botánica sabe que un ingrediente de la ensalada es tóxico, pero a pesar de ello lo sirve. Jakobs considera que en este caso nadie espera del camarero dichos conocimientos y que por lo general no responderá penalmente, pero si es en extremo insolidario se responderá por omisión de socorro. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 50-51. Respecto de dicho punto en productos defectuosos Iñigo Corroza considera que los conocimientos especiales se deben estudiar en culpabilidad, como debía haber actuado la persona. IÑIGO CORROZA, María. op. cit. pp. 170-176. Paredes Castañón piensa que los conocimientos especiales se observan en sede de tipicidad subjetiva del operario. PAREDES CASTAÑÓN, José; RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos defectuosos o alterados*, op. cit. pp. 168., al igual le sigue ESCOBAR VÉLEZ, Susana. op. cit. pp. 147-148.

aplicables a ese producto, el criterio más adecuado para atribuir esos resultados lesivos al fabricante será la producción de un riesgo jurídicamente desaprobado. Para las hipótesis en las que el producto se manufacturó de acuerdo a la normatividad establecida o para los productos en los que no haya reglamentación aplicable, el fabricante debe cumplir los deberes de información y vigilancia y control cuando el producto es distribuido y comercializado, en caso de que se tenga noticia de que el producto presuntamente causó resultados lesivos el fabricante tiene que efectuar los deberes de advertencia y salvamento por ser garante de los bienes jurídicos de los consumidores, pues su incumplimiento reflejaría la indiferencia por la protección de los mismos, lo que conlleva a atribuirle los resultados bajo el criterio de posición de garante por asunción de protección.

Finalmente, esta imputación penal puede ser excluida para los trabajadores de la empresa que confiaron en la destreza de sus compañeros de trabajo, siempre y cuando estén al mismo nivel jerárquico y tengan una especialidad diferente a aquellos que causaron el defecto de fabricación, bajo el principio de confianza.

3 PRODUCTO DEFECTUOSO Y SUS IMPLICACIONES PENALES EN COLOMBIA.

3.1 Marco constitucional de la protección a los consumidores

El propósito de este capítulo es proyectar cómo operaría la responsabilidad penal por productos defectuosos en Colombia, por lo que se abordará la protección constitucional de los consumidores y seguidamente su regulación en el derecho privado.

La protección al consumidor se elevó a rango constitucional con la Carta Política de 1991, dentro de la que se destaca el establecimiento de un Estado Social y Democrático de Derecho, la consagración de la acción de tutela como mecanismo de amparo de los derechos fundamentales constitucionales, la creación de la Corte Constitucional como órgano de la rama judicial encargado del control de constitucionalidad de las leyes y como órgano de cierre en sede de tutela. A partir de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se admite que se protegerán a través de la tutela no solamente los derechos fundamentales constitucionales “de aplicación inmediata” –es decir aquellos reconocidos expresamente en la norma fundamental- sino también aquellos de los cuales se puede entender que implícitamente están contenidos en la parte dogmática de la constitución y que doctrinalmente se han denominado derechos fundamentales *innominados*¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Botero Marino opina “La Corte ha encontrado que en la Constitución existen algunos derechos que se encuentran implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas iusfundamentales, pero que, sin embargo, no se encuentran textualmente enunciados en ellas. Se trata de los llamados derechos *innominados*, cuya fuerza vinculante y supremacía jerárquica viene dada por la disposición que los consagra de manera implícita y por los artículos 94 de la Constitución Política y 2 del Decreto 2591 de 1991”. BOTERO MARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 23.

Es a partir de la teoría de los derechos fundamentales innominados que se han reconocido jurisprudencialmente los derechos fundamentales de los consumidores¹⁷¹, pues la constitución dispone que la ley regulará la calidad de bienes y ordena que deberán responder aquellos que con ocasión de la producción y comercialización de bienes atenten contra la seguridad de los consumidores. Entonces la jurisprudencia ha dicho que los consumidores encuentran reconocidos como derechos fundamentales ; i) el derecho a la salud, en la medida en que todos los productos deben cumplir con condiciones mínimas de seguridad, cuando el producto no cuenta con estas condiciones puede causar daños en la salud del consumidor; ii) el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁷², en el entendido que el consumidor para elegir libremente los productos que desea consumir debe tener información completa sobre el producto, tal como las instrucciones, los componentes, la cantidad, el precio y los efectos nocivos que pueda producir en la salud humana por su consumo.

La constitución, además de la acción de tutela, establece las acciones popular y de grupo, mediante las cuales se puede proteger a los consumidores. La primera, está destinada para la protección de intereses colectivos que para el caso de los consumidores se refleja en la seguridad y salubridad pública cuando estos se vean afectados desde la óptica del interés público. La segunda, está destinada al resarcimiento de los daños ocasionados a un número plural de personas, como un grupo plural de consumidores que hayan sufrido daños particulares por el uso de un producto que resulta defectuoso

¹⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia T-543 del 2017, Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera.

¹⁷²La Corte Constitucional respecto del derecho a recibir información establece que “*habilita a los consumidores a elegir de una manera libre los productos alimenticios que deseen consumir, conforme a su propia orientación de vida, respetando así el núcleo esencial del derecho a elegir, que compete al consumidor y que está ligado claramente a la expresión de su libre desarrollo de la personalidad*”. Corte Constitucional, Sentencia C-583 del 2015, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz.

que adquirieron del mismo fabricante en similares condiciones de modo, tiempo y lugar.

En lo relativo a la responsabilidad del fabricante, la Constitución establece en su artículo 78 *“serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”*, por lo que la voluntad del constituyente era dejar plasmada la responsabilidad que tiene el fabricante respecto de los productos que causan daños a los consumidores, de allí se ha desprendido lo que se conoce como la *obligación de seguridad* de los productos que tiene origen constitucional .

Según lo anterior, dicha obligación constitucional de seguridad es el fundamento que permite tutelar las reclamaciones de perjuicios que causen los productos defectuosos con la consecuente declaratoria de responsabilidad civil, asunto que ha sido desarrollado inicialmente a nivel jurisprudencial y doctrinal, y posteriormente a nivel legislativo, tal como lo describiremos a continuación.

3.2 Definición de producto defectuoso y regulación en el derecho privado

El Decreto 3466 de 1982 relativo a la responsabilidad del productor, expendedor y proveedor no contempló una regulación sobre los productos defectuosos, pero si estableció un proceso general sobre indemnización de daños y perjuicios contenido en el artículo 36, por lo que para ese entonces dicho procedimiento era el aplicable a los daños que causaban los productos defectuosos, por la especialidad de la materia y respecto de lo no contemplado en dicho proceso se debía llenar analógicamente con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la regulación sustancial de la responsabilidad civil por productos defectuosos -considerando que no había una norma del Decreto 3466 en tal sentido- se discutía si la responsabilidad por productos se suscribía al régimen de responsabilidad contractual (artículo 1604 Código Civil) o al régimen de responsabilidad extracontractual (artículo 2341 Código Civil), distinción que es importante ya que la carga probatoria varía en cada uno de los regímenes. Así en el régimen contractual la parte demandante sólo debe probar el daño y la relación de causalidad, pues la culpa es presunta, mientras que en el régimen extracontractual el demandante debe probar daño, nexo de causalidad y culpa -la cual no se presumirá-.

Esta discusión la solucionó la Corte Suprema de Justicia, a través de una sentencia en la cual estableció cómo debía operar la responsabilidad civil por productos defectuosos, afirmando que debe orientarse bajo la obligación constitucional de seguridad, así:

“...Dadas las condiciones de inferioridad en las que se encuentra el consumidor, la asimetría de la relación que lo une con el productor, la superioridad económica de éste, la particular protección que en su favor estructura el ordenamiento, entre una muchedumbre de razones, en la hipótesis en estudio, a juicio de esta Corporación, adquiere la entidad de una evidente obligación de resultado, cuyo incumplimiento impone a fabricantes y comercializadores el deber ineludible de resarcir el daño padecido por el consumidor, a menos claro está, que demuestren que éste sobrevino por causa de un hecho extraño que, en cuanto tal, disloca el nexo causal entre la defectuosidad del producto y el perjuicio recibido por éste”¹⁷³.

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de abril del 2009, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena.

De acuerdo al tenor de lo señalado por la Corte se estableció un régimen de responsabilidad objetiva, pues si la obligación de seguridad, es decir aquella que implica para el fabricante que el producto no atente contra la salud ni la seguridad de los consumidores, es una obligación de resultado, implica que el fabricante tiene que cumplir obligatoriamente con esa prestación y que el incumplimiento lo hace civilmente responsable. La única forma para exonerarse es que pruebe causa extraña¹⁷⁴, no puede exonerarse probando debida diligencia en la fabricación del producto.

Por lo mismo, si se trata de un régimen objetivo de responsabilidad, deja de tener relevancia la discusión de si se trata de responsabilidad civil contractual o extracontractual¹⁷⁵, pues como es un régimen de naturaleza objetiva, el incumplimiento de la obligación hace que se prescinda del análisis de la culpa¹⁷⁶, ya que como señalamos la debida diligencia del fabricante no lo exonerará de responsabilidad. Así, resulta necesario esclarecer que los elementos que la víctima debe acreditar para que se consolide la responsabilidad civil, son, (i) el daño, (ii) el carácter defectuoso del producto y (iii) la relación de causalidad entre ambos¹⁷⁷.

Para el año 2011 se expidió el Estatuto del Consumidor -Ley 1480- cuyo objeto es regular las obligaciones y derechos que surgen de las relaciones entre consumidores, productores y proveedores, así como la responsabilidad de estos últimos. La importancia de traer a colación esta ley, por una parte es que debido a la especialidad de la materia el Estatuto derogó todas las

¹⁷⁴ Se entiende por causa extraña: El caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de tercero y el hecho de la víctima. Para que se configuren se deben comprobar i) Irresistibilidad, ii) Imprevisibilidad y iii) Que la causa sea exógena a quien la invoca. Consejo de Estado, Sentencia del 24 de marzo del 2011, Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷⁵ En palabras de la Corte “*Precisamente por lo anterior, se desdibuja o atenúa en estos asuntos la importancia de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, al punto de ser irrelevante*”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de abril del 2009, op. cit. pp. 34.

¹⁷⁶ Cfr. ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Manual de obligaciones*, Temis, Bogotá, 2010. pp. 60.

¹⁷⁷ Cfr. DURAN FERNANDEZ, Adriana. *Régimen de responsabilidad por producto defectuoso en Colombia*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2018, pp. 443.

disposiciones que le fueran contrarias dentro de las que tácitamente se entiende incluido el Decreto 3466 de 1982; y por otra, ya que consagra la definición sobre producto defectuoso y unas disposiciones especiales, indicando respecto de la definición de tal producto en el artículo 5 numeral 17 que:

“Es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”.

Hay algún sector de la doctrina¹⁷⁸ que considera desafortunada la forma en la que el Estatuto del Consumidor definió al producto defectuoso respecto del elemento del *“error de fabricación o de embalaje”*, pues a *contrario sensu* pareciera dar a entender que aquellos productos que no tengan errores dejan de ser defectuosos, lo cual no es del todo cierto pues la defectuosidad de un producto no tiene que ver con su calidad e idoneidad, sino con que este incumpla la obligación de seguridad.

En ese sentido, de la forma en la que el Estatuto redactó el concepto, pareciera también que se pasa de un régimen objetivo de responsabilidad a uno subjetivo, pues uno de los elementos que debería probar el consumidor afectado es la culpa del fabricante en el proceso de fabricación o embalaje manifestado en el error¹⁷⁹. Sin embargo, esto no ha sido admitido por la doctrina, de manera tal que la solución que se considera más adecuada es la

¹⁷⁸ ESPINOSA opina respecto al concepto que *“aparece claramente que esta clase de responsabilidad está referida a la ausencia de seguridad, por lo que inexorablemente debemos remitirnos a esta última noción”*. ESPINOSA APRAEZ, Brenda. *La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2001. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho Privado, 2015, pp. 384.

¹⁷⁹ Cfr. DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio. *La garantía legal y la responsabilidad por productos defectuosos en el nuevo estatuto del consumidor*. Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho y Economía, 2012, pp. 24.

aplicación del principio *interpretatio pro consumatore*¹⁸⁰. Lo anterior debido a que, tal como lo establece el artículo 4 del Estatuto, cuando haya duda en las normas, se deberá interpretar y aplicar de la forma más favorable al consumidor, y en este caso como no queda claro que la intención del legislador haya sido cambiar al régimen subjetivo, se sigue aplicando el régimen objetivo por favorabilidad al consumidor que deberá probar los mismos elementos; daño, defectuosidad del producto -entendida como la aptitud del producto de causar daño a quien lo usa, y no como un error en la fabricación- y el nexo de causalidad.

Un aspecto positivo de la Ley respecto de la defectuosidad del producto es que establece una presunción según la cual cuando exista violación de una norma sanitaria, fitosanitaria o un reglamento técnico se presumirá que el producto puede atentar contra la seguridad del consumidor, en cuyo caso le corresponde al fabricante desvirtuarlo.

Además, se establece en el artículo 19 un *deber de información* según el cual aquella persona que haya tenido parte en el proceso de fabricación, importación o comercialización y conozca de un defecto en el producto que genere peligro de atentar contra la salud, la vida o seguridad del consumidor deberá tomar las medidas correctivas e informar a la autoridad competente; quien lo incumpla será solidariamente responsable junto con el productor por los daños que generaren su omisión.

Así mismo, se contempla una responsabilidad solidaria por los daños causados por el producto defectuoso entre el productor y el distribuidor, lo que implica que el consumidor afectado puede pedir la totalidad del monto correspondiente a la indemnización a alguno de ellos o a ambos, sin perjuicio de que aquel que

¹⁸⁰ Cfr. CHAMIE GANDUR, José. *Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor*, Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho Privado, 2013, pp. 127.

resulte obligado a pagar podrá repetir proporcionalmente contra el otro. Acá se debe precisar que la solidaridad en materia comercial se presume en virtud de lo previsto en el artículo 825 del Código de Comercio, por lo que esta disposición normativa del Estatuto es meramente enunciativa. Conforme a lo anterior si en el artículo 21 del citado Estatuto que establece que los daños que genera el producto defectuoso serán la muerte, las lesiones personales, el daño a otros bienes del consumidor, o cualquier otro perjuicio ocasionado, habrá solidaridad entre productor y proveedor en la indemnización del rubro acreditado.

Finalmente, en el artículo 23 se establecen las causales de exoneración de responsabilidad dentro de las que nos detendremos a analizar tres de ellas. La primera es la culpa de la víctima; para que excluya totalmente a los responsables estos deben haber cumplido a cabalidad el deber de información e instrucciones de uso o consumo, ya que si estos por ejemplo no otorgaron las instrucciones o las entregaron en un idioma diferente al español, no podrán invocar la culpa de la víctima para excluirse de responsabilidad precisamente porque la víctima no tuvo las condiciones aptas para predicar un correcto uso del producto.

Las otras causales de exoneración son que el defecto del producto se haya originado por el cumplimiento expreso de las normas imperativas existentes para la fabricación o empaquetamiento, o que dados los conocimientos científicos o técnicos al momento de la circulación del producto no permitieran determinar el defecto que origina el daño, estas causales son desfavorables al consumidor en la medida en que en dichas circunstancias es este quien soporta los riesgos¹⁸¹, pero quien debería asumirlos es el productor o distribuidor pues estos reciben el precio que pagan los consumidores y por

¹⁸¹ Conocidos en la doctrina como “riesgos de desarrollo”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La responsabilidad civil por productos defectuosos y su aseguramiento*, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, 1998, pp. 41.

tanto se lucran de dicha actividad, análogamente a lo sucede en las hipótesis de responsabilidad civil por accidentes de trabajo, en las que el empleador debe responder por los daños que sufra el trabajador con ocasión de la prestación del servicio personal, por ser quien se beneficia.

Así concluye el estado del arte de la responsabilidad civil por productos defectuosos en el ordenamiento jurídico colombiano al día de hoy, un régimen objetivo en el que el consumidor afectado debe probar el daño, el nexo causal y la defectuosidad del producto, ya sea ante los Jueces Civiles o ante la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el procedimiento verbal sumario con las disposiciones específicas de la acción de protección al consumidor y en lo restante bajo las normas del Código General del Proceso. Dando por abordado el tema desde la óptica del derecho privado colombiano, a continuación se analizará la responsabilidad penal.

3.3 La aplicación de la responsabilidad penal por producto defectuoso en el ordenamiento jurídico colombiano

Frente a la responsabilidad penal que se pueda derivar de la fabricación y comercialización de productos defectuosos que vulneren bienes jurídicos respecto de los consumidores, lo primero que se debe señalar -aunque sea obvio- es que la naturaleza de dicha *responsabilidad penal es subjetiva*, en garantía del principio de culpabilidad consagrado en nuestro Código Penal en el artículo 12. Este principio consagra que está proscrita la responsabilidad objetiva en derecho penal; esto implica que una persona no puede ser condenada por la causación de un resultado lesivo, sino que se debe poder reprochar la conducta, es decir, la voluntad humana de cometer un injusto.

Así pues, para que el fabricante u operario de la cadena productiva sea responsable por los resultados típicos que genere un producto defectuoso, se

les debe comprobar que su actuación encaja en una de las modalidades de conducta dolo, culpa o preterintención, pues la sola causación del resultado con el producto fabricado no será suficiente para imponer una pena.

En relación con la *imputación objetiva* en productos defectuosos que generan resultados típicos sea por *acción u omisión*, son plenamente aplicables las reflexiones a las que se llegó en el segundo capítulo haciendo dos salvedades para el caso colombiano, a saber: la primera es que frente a la posición de garante no se aplicaría la submodalidad de *asunción de protección* sino la de *injerencia*, ya que el Código Penal limitó esta figura a situaciones específicas y la injerencia es la más adecuada dentro de las diversas contempladas, se encuentra consagrada en el numeral 4 del artículo 25 y solo se aplicará para los delitos que atenten contra la vida e integridad personal¹⁸². La segunda salvedad es que si bien el principio de confianza no está previsto en la legislación, por vía de interpretación judicial¹⁸³ ha sido aplicado y por tanto incorporado al ordenamiento. Es necesario resaltar que para atribuir la imputación objetiva, no solamente basta la causación del resultado con el producto defectuoso fabricado sino que debe verificarse que se trate de una conducta típica atribuible en cabeza del fabricante a través de criterios normativos.

En Colombia la responsabilidad penal por producto defectuoso es *de resultado*, lo que implica que para que la conducta punible pueda entenderse como consumada debe haber producido un resultado típico espaciotemporalmente separado de la conducta misma de la fabricación del producto, y deberá ser un

¹⁸² Así está previsto por el parágrafo del artículo 25 del Código Penal, también admite que la posición de garante proceda para delitos que afecten la libertad individual y la libertad y formación sexual pero que para los productos defectuosos no se presentan por la misma naturaleza de la conducta, ya que los productos defectuosos sólo pueden generar lesiones o la muerte al consumidor.

¹⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de abril del 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

resultado típico previsto en un tipo penal del capítulo de delitos contra la vida y la integridad personal tal como lo se analizará en detalle más adelante.

El sujeto activo de la responsabilidad penal por productos defectuosos solamente podrá ser el fabricante (quien inventa el producto), el operario de planta (el que lo produce en cadena de producción) o los directivos de la empresa (por las funciones de comercialización), pues si se trata de la manipulación del producto por terceros luego de entrada en circulación al mercado, se trataría del delito de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico previsto en el artículo 372 del Código Penal¹⁸⁴.

Frente a los resultados típicos que se pueden generar en el consumidor, reiterando que sólo procederán los delitos que corresponden al bien jurídico de la vida e integridad personal como más adelante explicaremos, por lo tanto otros resultados típicos alternativos que genere el producto tales como pudiera ser el *daño en bien ajeno* -como teléfonos móviles que explotaban y dañaban cosas a su alrededor- no son tutelables por el derecho penal, pues ello desborda el ejercicio del *ius puniendi* de forma exacerbada y no se colige con el principio de ultima ratio, por lo tanto dichos perjuicios son de la órbita exclusiva de protección del derecho privado.

3.1.1 Tipicidad subjetiva

Como segundo punto, es menester hacer referencia precisamente a la *tipicidad subjetiva* en los productos defectuosos en la medida en que esto será de

¹⁸⁴ En el marco de un proceso penal adelantado a un médico por responsabilidad penal médica al que se le atribuía el delito de lesiones personales bajo la modalidad de dolo eventual, luego de un proceso de rehidratación glútea con el producto ácido hialurónico Hialucorp, medicina legal dictaminó en la paciente deformidad y perturbación psíquica. El tribunal estableció que el producto aplicado había sido manipulado, pues los frascos contenían polímeros de silicona y no ácido hialurónico, razón por la cual se compulso copias para investigar a la empresa distribuidora del producto en Colombia por el presunto delito de corrupción de producto médico. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Sentencia del 04 de marzo del 2019, Magistrado Ponente Fabio David Bernal Suárez. Al momento de escribir estas líneas, el proceso se encontraba pendiente de fallo de casación.

importancia para analizar las demás figuras de estudio de la parte general de derecho penal.

La regla general es que la conducta típica que se da en los productos defectuosos es la *culpa*¹⁸⁵, entendida como la infracción del deber objetivo de cuidado; por una conducta imprudente, negligente o imperita que produce un comportamiento típico previsible¹⁸⁶. Para el tema alrededor del cual se está reflexionando se pueden presentar principalmente dos hipótesis; la primera consiste en que un operario durante el proceso de fabricación del producto es *imprudente* o *negligente* y esta conducta ocasiona el defecto que provoca graves afectaciones a la integridad personal de los consumidores, generando lesiones personales o su muerte, como cuando un trabajador de una farmacéutica acude a su puesto de trabajo en estado de embriaguez y por su estado agrega en medida diferente los componentes químicos de un medicamento cambiando sustancialmente su receta, intoxicando de gravedad a los pacientes que consumieron el medicamento. La segunda hipótesis, se presentará cuando pese a que el proceso de fabricación fue perfecto y cumplió con los estándares aplicables, el producto es defectuoso y acaba con la vida de algunos consumidores, y pese a los reportes a la empresa de tal situación, los directivos en vez de suspender la comercialización *negligentemente* deciden continuar con el proceso de comercialización a gran escala que estaba previsto, generando graves resultados a multiplicidad de consumidores.

Cuando la modalidad de conducta sea culposa, los resultados típicos que se podrán causar al consumidor serán; *homicidio culposo* si este muere como consecuencia del producto defectuoso, o en el caso en el que sólo se afecte su integridad personal se trata de *lesiones personales culposas* siempre y cuando hayan sido causadas por el defecto del producto.

¹⁸⁵ En tal sentido ESCOBAR VELEZ, Susana. op. cit. pp. 31.

¹⁸⁶ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 217 y ss.

Tratándose de una consumidora que se encuentre en estado de embarazo, que atendió todas las instrucciones, advertencias y contraindicaciones del producto para personas en dicho estado, y pese a ello el producto presenta un defecto con el que se le causa un daño al cuerpo o perjuicio grave a la salud del *nasciturus*, se trataría del delito de *lesiones culposas al feto*. Sin embargo, si la consumidora no atendió las especiales indicaciones del producto para personas en estado de gestación y ello conlleva a que se resultados lesivos al feto, se tratará de una *acción a propio riesgo de la madre*. Ahora, en el caso que el defecto del producto cause la muerte del feto pese a que la madre siguió las indicaciones del producto respectivas a su estado, dicha conducta quedará impune,¹⁸⁷ pues el delito de *aborto sin consentimiento* es doloso, no se encuentra consagrado por el legislador dicho tipo penal en su modalidad culposa y la regla de números *clausus* impide el castigo si no está expresamente previsto como tipo penal culposo.

Respecto al *dolo*, si se presenta en grado directo, es decir aquel en el que el autor quiere el resultado como meta de su acción y tiene la seguridad de que el resultado que se representa se presentará como consecuencia de su acto¹⁸⁸, no se tratará del tema de estudio sobre el que se está tratando¹⁸⁹, pues en estos casos el producto se usa como medio para alcanzar un fin delictual y por lo tanto resta importancia si es o no defectuoso. Por ejemplo, el cocinero que sabe que su enemigo vendrá a la tienda a pedir un sándwich para llevar y

¹⁸⁷ En ese expreso sentido la jurisprudencia establece “*En consecuencia, si en punto de las lesiones al feto se procede mediante un comportamiento culposo, y con ocasión de ello se causa su muerte, es claro, de una parte, no se configura el delito de lesiones al feto pues como ya se advirtió requiere que el producto gestacional siga con vida. Y de otra, tampoco tiene lugar el delito de aborto, el cual, según fue precisado, únicamente admite la modalidad dolosa, es decir se trataría de un aborto culposo, no punible en nuestra legislación dada la sistemática de los números clausus...*” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 01 de julio del 2015, Magistrado Ponente José Luis Barceló.

¹⁸⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal. Parte general*, op. cit. pp.167.

¹⁸⁹ Así el primer sector de la doctrina en el tema, que ya advertía “*La mayoría de esas conductas no se desarrollarán con dolo, al menos directo, sino que corrientemente se desenvolverán en el campo de la previsibilidad y de las infracciones de deberes de cuidado, esto es, en el de la imprudencia*” HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit. pp. 81.

añade ingredientes venenosos que generan su muerte, esto no es nada distinto a un clásico delito de homicidio.

En lo respectivo al *dolo eventual*¹⁹⁰, se suele configurar regularmente en la esfera directiva de la empresa, cuando menos en tres hipótesis que merecen una especial referencia, ya que la doctrina¹⁹¹ considera que si bien el dolo eventual tiene un carácter prevalentemente excepcional, esto podría no ser tan cierto, principalmente por las posturas jurisprudenciales vistas en el segundo capítulo del presente trabajo sobre la posición de garante del fabricante y los deberes exigibles en virtud de tal figura.

La primera hipótesis se presentará cuando los miembros de los órganos de dirección o administración de la sociedad comercial se representen como probable afectar la vida e integridad de los consumidores pero pese a ello deciden continuar la comercialización y dejar los resultados librados al azar del tráfico mercantil. En este caso, será necesario que exista un conocimiento suficiente sobre la aptitud defectuosa del producto por parte de los directivos, junto a una conducta de indiferencia frente a los bienes jurídicos de los consumidores, dando mayor importancia a la finalidad de lucro.

La segunda hipótesis, corresponde a aquella en la que las directivas de una empresa omiten la orden de autoridad competente de suspender la comercialización del producto defectuoso. En Colombia, la autoridad competente para ordenar la suspensión (temporal) o la prohibición (permanente) de producción, importación y comercialización de un producto por su defectuosidad es la Superintendencia de Industria y Comercio, que en

¹⁹⁰ ESCOBAR VELEZ, Susana. op. cit. pp. 31.

¹⁹¹ Ídem

varias oportunidades¹⁹² ha ejercido esta competencia, por lo que nos parece importante traer a colación su postura al respecto:

“ (...) Esta superintendencia, dentro de un actuar vigilante del mercado procura recaudar los elementos de juicio necesarios para identificar e individualizar aquellos productos que por sus específicas condiciones, presentan riesgos latentes e irrazonables para la salud e integridad física de las personas, circunstancia que justifica la adopción de medidas administrativas que se cause daño o perjuicio a los consumidores. En línea con lo anterior, resulta imperativo señalar que el riesgo al que se expone el consumidor, entendido como la combinación de peligro y probabilidad, dependerá de la clase de bienes y servicios que se pongan a su disposición, así como, de la información que conozca sobre los mismos, e incluso, de las condiciones particulares del público objetivo al que va dirigido el producto (...)”¹⁹³.

La última hipótesis de dolo eventual se ocasiona cuando la empresa a *motu proprio* suspende la comercialización por las quejas de los consumidores por las afectaciones que les causó el producto, pero posteriormente la reanuda por no lograr determinar cuál es el origen del defecto del producto, causando más resultados típicos lesivos, sin tomar ninguna medida para evitarlos.

De lo anterior, se puede destacar la importancia de que los directivos cuenten con una asesoría legal o con un *compliance program* frente a estas hipótesis, pues el incumplimiento de los deberes de prevención y de salvamento será tomado a título de dolo eventual cuando la indiferencia de su conducta frente a los bienes jurídicos sea por el ánimo de lucro y conlleve dejar los resultados

¹⁹² La suspensión de producción, importación, comercialización, puesta a disposición u ofrecimiento se ha ordenado por la SIC en productos como las mini gelatinas (Resoluciones 35240 y 79980 del 2015), los apuntadores láser (Resoluciones 33767 y 57151 del 2016) y la chupeta Dr. Look Palito Láser (Resoluciones 92719 del 2018 y 19014 del 2019).

¹⁹³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 19014 del 31 de mayo del 2019.

lesivos librados al azar. Debido a la dinámica empresarial y comercial, junto con las estrictas exigencias de la jurisprudencia, se observa que esta forma de tipicidad subjetiva se puede presentar a menudo.

En lo tocante a la *preterintención*, entendida como aquella modalidad de conducta compuesta, en la que se realiza un comportamiento primeramente doloso, pero cuyo resultado siendo previsible genera un resultado más grave al querido por el agente, por lo que finaliza culposa¹⁹⁴. Se debe señalar que no opera en los productos defectuosos, ya que el primer requisito del delito preterintencional es la existencia de dolo directo, por lo que como ya lo dijimos antes, lo descartamos, pues en el dolo directo hay real voluntad delictiva y por lo tanto pierde trascendencia si el producto es o no defectuoso. Además otra razón para inadmitir la preterintención es que esta modalidad de conducta únicamente aplica respecto de los tipos penales de la parte especial que expresamente han sido consagrados como preterintencionales conforme a la regla de números *clausus*¹⁹⁵, y acá hay que adelantarse afirmando que en Colombia la responsabilidad penal por productos defectuosos es una “especie”, frente a los delitos que serán el género, por lo tanto como no hay una disposición normativa que contemple la preterintención para productos defectuosos entonces no procede dicha modalidad.

3.3.2 Tentativa

Como es un delito de resultado es pertinente preguntarse si procede la *tentativa* en productos defectuosos. La tentativa es un dispositivo amplificador del tipo penal, que castiga las conductas típicas que no alcanzan su fase de consumación¹⁹⁶, cuyo primer requisito es que exista dolo. Al ver este primer

¹⁹⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal. Parte general*, op. cit. 220.

¹⁹⁵ Prevista normativamente en el artículo 21 del Código Penal, todos los delitos de la parte especial serán dolosos, salvo que expresamente se consagre la modalidad culposa o preterintencional caso en el cual son punibles.

¹⁹⁶ Cfr. CORDOBA ANGULO, Miguel. *La tentativa*, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 12.

requisito se puede anticipar que *prima facie* no aplica la tentativa en productos defectuosos, ya que como se ha reiterado antes este crimen es esencialmente culposo, por la infracción del deber objetivo de cuidado del operario de la fábrica o de los directivos de la empresa.

Sin embargo, también se dijo que en determinadas circunstancias se puede presentar el delito bajo la modalidad de dolo eventual, cuando por ejemplo la junta directiva de la empresa decide no hacer caso a la orden de la SIC de suspender la comercialización del producto, lo circula en el mercado y causa fatales resultados para los consumidores, pero no se alcanza a consumir la muerte. Frente a esta temática se deben plantear dos interrogantes: ¿Hay tentativa con dolo eventual?, y de resolver afirmativamente esta pregunta, ¿Procedería la tentativa con dolo eventual en los productos defectuosos?

En lo atinente al primer interrogante la doctrina no ha sido pacífica frente a la tentativa en dolo eventual, al punto en que hay varias teorías, la que admite la tentativa con dolo eventual, pues se afirma que “cuando para la configuración del delito consumado sea suficiente la presencia del dolo eventual, el dolo eventual entonces también será suficiente para el surgimiento de una tentativa”¹⁹⁷. Aparece la teoría que no la admite, la cual señala que el nivel de intensidad del dolo eventual es menor que el nivel del dolo directo, razón por la cual hace inadmisibile conceptualmente la tentativa con el dolo eventual¹⁹⁸. Una tercera teoría es de carácter ecléctica, la que señala que se puede llegar a castigar la tentativa con dolo eventual bajo ciertos límites¹⁹⁹. FARRÉ TREPAT frente a quienes señalan que se debe castigar la tentativa con dolo eventual concediendo una atenuante punitiva opina que:

¹⁹⁷ Cfr. DAZA LORA, Juan. *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual*, Ibáñez, Bogotá, 2018, pp. 74.

¹⁹⁸ Cfr. GÓMEZ RIVERO, María. *Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2013, pp. 176.

¹⁹⁹ Ídem

“...Si se demostrase que las conductas cometidas con dolo eventual crean ex ante, una menor peligrosidad para el bien jurídico protegido. En este caso, y atendiendo a la menor punibilidad de la tentativa frente al delito consumado, se plantearía en los supuestos de tentativa con dolo eventual una doble atenuación que derivaría para algunos casos en la escasa o nula punibilidad de los mismos”²⁰⁰.

Lo cierto en esta discusión, es que por un lado la tentativa es un dispositivo amplificador del tipo penal y que como tal exige que medie la voluntad del agente para que haya reproche penal, y por el otro que el dolo eventual es una modalidad de conducta caracterizada por ser carente de voluntad real delictiva²⁰¹ porque el resultado se deja librado al azar. Si se toma esto en consideración en los productos defectuosos, castigar la tentativa de dolo eventual sería exagerado y desbordado desde el punto de vista político criminal, pues si ya de por sí la sanción de los productos defectuosos es una de las aperturas que generó el derecho penal económico, sería excesivo castigar dicha tentativa máxime cuando los directivos de la empresa carecían de real voluntad delictiva, pues la decisión de dejar librada al azar la salud y vida de los consumidores se decide más por cuestiones económicas y de lucro que de causar daño con intencionalidad, por lo que aquí se considera que no procede punir la tentativa con dolo eventual.

3.3.3 Concurso de tipos penales

Respecto del *concurso de tipos penales*, sí el producto defectuoso causa en un consumidor varios resultados lesivos típicos se presenta un concurso *aparente*. Verbigracia, si el consumidor consume un producto dietario y este le genera alergias en la piel se presentan lesiones, pero días después el brote se

²⁰⁰ Cfr. FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa del delito*, Bosch, 1986, pp. 93.

²⁰¹ DAZA LORA, Juan. op. cit. pp. 94.

expande y empieza a tener graves percances de salud al punto de morir por una intoxicación. Este aparente concurso entre lesiones personales y homicidio se soluciona mediante el criterio de consunción²⁰², razón por la cual el desvalor de resultado del homicidio consume el de las lesiones, por lo que únicamente habría homicidio, entonces se concluye que no se presentará concurso entre los diversos resultados causados a un mismo consumidor.

Distinto será si el mismo producto dietario es usado por varios consumidores, caso en el cual si aquellos que lo usaron sufren brotes, habrá un *concurso simultaneo homogéneo* de lesiones personales. Ahora bien, cuando varias unidades del mismo producto son defectuosas y causan la muerte de los consumidores, se tratará de un *concurso sucesivo homogéneo* de homicidio. Por último, en el evento en que algunos consumidores mueran y otros sufran lesiones entonces será un *concurso sucesivo heterogéneo*.

Esta última forma de concurso también se presentará con tipos penales diferentes a los capítulo de vida e integridad personal del Código, cuando se trata de la fabricación de productos que requieren permiso previo, en hipótesis en las que el fabricante para obtener el permiso de la autoridad administrativa falsifica documentos o induce en error al funcionario, y tras la obtención del permiso empiezan a producir y comercializar los productos resultando defectuosos por no cumplir los requisitos para ser autorizados y le causan resultados lesivos a quienes los consumen, caso en el que habría concurso entre el delito de falsedad documental o de fraude procesal con las lesiones u homicidio, según se trate.

²⁰² Consiste este criterio en que “Se excluye un tipo penal porque su desvalor de resultado está contenido en otro tipo”. SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. “Concurso de tipos penales” AA.VV. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 325

3.3.4. Autoría

La autoría en la responsabilidad penal por productos defectuosos reviste complejidad en la medida en que primero se trata de una modalidad de conducta imprudente, frente a la cual la doctrina ha reconocido dificultades en los criterios para determinar quién se considera autor, pues estos normalmente se han estructurado para delitos dolosos; y segundo, ya que la conducta se desarrolla en el ámbito empresarial, en el cual los criterios de autoría del derecho penal nuclear pueden presentar inconvenientes, razón por la cual se tendrán presentes dichas especificidades.

Frente al concepto de autoría que se asumirá en productos defectuosos, será la postura de la doctrina²⁰³ que aboga por el concepto *restrictivo* de autor, según el cual no todo interviniente en el delito será autor, sino solamente será autor quien realiza la conducta prevista en el tipo penal de acuerdo a criterios naturalísticos y normativos²⁰⁴. En la teoría restrictiva de autor, otro elemento fundamental, es que se distinguen las categorías de autoría y de participación, en donde será participe quien realiza un aporte a la ejecución de una conducta típica o promueve su comisión. Sin embargo, se considera que como los productos defectuosos se generan por conducta imprudente, no es posible la participación (complicidad o determinación) en esta clase de conductas empresariales.

LUZÓN PEÑA en este sentido señala:

“La mera participación culposa es impune, pues el Código solo prevé el castigo de la participación dolosa, y tal conducta imprudente podrá a lo sumo dar lugar a responsabilidad civil o administrativa -salvo que simultáneamente pudiera constituir participación dolosa (al menos

²⁰³ ESCOBAR VELEZ, Susana. op. cit. pp. 99.

²⁰⁴ Cfr. HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. “Autoría y participación” AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 271.

eventual) en un delito de peligro-, lo que además, dado el carácter fragmentario y de ultima ratio de la responsabilidad penal, puede considerarse en general una solución político criminal adecuada...²⁰⁵.

En la misma línea HORVITZS apunta:

“... Se postula la impunidad –por falta de tipicidad- de la participación imprudente en el derecho penal español, en base a distintos argumentos. Ellos han sido, grosso modo, los siguientes: a) la imposibilidad de trasladar el criterio del dominio del hecho a los delitos imprudentes, por el elemento subjetivo del concepto de acción ontológico final solamente concurrente en el autor doloso; b) la infracción del deber objetivo de cuidado y el resultado lesivo que ha sido concretización de dicha infracción (en los delitos imprudentes de resultado) como requisitos suficientes para hacer responder como autor al interviniente imprudente; c) la exigencia de dolo en la participación, que aunque no se plantea expresamente en los arts. 28 y 29 CP español, surgiría como un requisito estructural de la propia participación; d) la denominada “prohibición de regreso”, criterio de imputación objetiva que impediría castigar el favorecimiento imprudente de una conducta dolosa y culpable²⁰⁶.

Entonces aquellos aportes que terceros realicen a la conducta imprudente del fabricante u operario que resulta trascendente para que los productos sean defectuosos y generen resultados lesivos, quedarán impunes, pues la misma figura de la complicidad exige que haya un acuerdo previo o concomitante, lo

²⁰⁵ Cfr. LUZON PEÑA, Diego. *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1989, pp. 902.

²⁰⁶ Cfr. HORVITZ LENNON, María. *Autoría y participación en el delito imprudente*, Revista de Estudios de la Justicia, Chile, 2007, pp. 146.

cual no se cumplirá porque esto sólo es posible en delitos dolosos, y como se ha venido señalando que los productos defectuosos usualmente son por conducta imprudente, entonces ello lleva a que acá se considere que no hay complicidad.

Aclarado este punto corresponde referirnos a la *autoría directa*, categoría en la cual se considera autor a quien teniendo las calidades exigidas en el tipo, tiene *dominio del hecho* y realiza la conducta descrita en el tipo penal. Lo primero que se debe señalar para este tema, es que como se está frente a una hipótesis de imprudencia, el dominio del hecho *prima facie* no sirve para determinar quién es autor, pues este criterio sólo aplica para delitos dolosos y consiste en que aquel en el desarrollo del *iter criminis* pueda frenar la ejecución de la conducta típica se considerará autor. Sin embargo, la doctrina considera que el criterio del dominio del hecho se puede ajustar a la modalidad culposa, bajo lo que se ha denominado “*determinación positiva y objetiva del hecho*” con un *dominio potencial del hecho*, en el que se considerará autor a aquel que conoce las circunstancias fácticas y voluntariamente las desarrolla en la forma y modo por él previsto, llevándolo objetivamente a la producción del resultado típico²⁰⁷.

Entonces el operario que desarrolle, conozca y voluntariamente lleve a cabo una conducta que infrinja el deber objetivo de cuidado en la fabricación del producto, causando su aptitud defectuosa y ello genere resultados lesivos al consumidor, será autor. Del mismo modo, será autor aquel directivo de la empresa en los casos en que tenga en su cabeza el poder de decisión empresarial, cuando decida continuar la comercialización del producto a sabiendas de su defectuosidad y de los daños lesivos que han generado en los consumidores.

²⁰⁷ LUZÓN PEÑA, Diego. *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, op. cit. pp. 498 y ss.

Respecto de las empresas en las que el poder de decisión empresarial no está en cabeza única de una persona, sino que por el contrario se asignó a un órgano corporativo como la junta directiva integrado por varios miembros que cuentan con voz y voto, se podría estar frente a una *coautoría*.

La coautoría en general, predica que serán coautores aquellos que teniendo las calidades del tipo penal, realizan la conducta típica de manera conjunta mediante lo previsto en un acuerdo previo o concomitante al que llegan, estableciendo una división del trabajo²⁰⁸. Ahora para el caso que se está examinando “*habrá coautoría imprudente en el caso de unión de varias acciones que determinan objetivamente el acontecer típico; pero además, se exige que exista acuerdo en la actuación descuidada, porque si no, habrá autoría accesoria de delito imprudente o concurrencia de imprudencias, impunes o punibles a título de autoría ejecutiva*”²⁰⁹. Por ende, aquellos miembros de la junta directiva que de forma negligente votan en favor de continuar con la comercialización de un producto que ya ha sido reportado como defectuoso por varios consumidores, serán coautores de los resultados dañinos ocasionados a quienes se vean afectados.

En este punto, dentro de este trabajo se difiere del precedente establecido por la jurisprudencia alemana en el caso Lederspray, en el cual se señaló que todos los miembros de la junta directiva individualmente considerados habían incumplido el deber de retirar el producto, inclusive aquellos que votaron por la opción de suspender la comercialización, bajo el argumento de que tenían que lograr que se votara por la retirada del producto. Aquel argumento es excesivo y peligrosista, ya que *nadie está obligado a lo imposible*, aquellos que voten

²⁰⁸ Cfr. HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. “Autoría y participación” AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 284.

²⁰⁹ HORVITZ LENNON, María. op. cit. pp. 49 cit. LUZÓN PEÑA, Diego. *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, op. cit. pp. 898.

por suspender la comercialización se entiende que han cumplido el deber de salvamento que les es exigible, con independencia de la decisión a la que llegue la junta directiva.

Finalmente sobre este último acápite en la investigación que se está desarrollando, si la decisión de continuar la comercialización pese a existir orden de autoridad competente de suspenderla o a sabiendas de su defectuosidad, la toma un *administrador de hecho*, es decir, aquella persona que sin ser administradora de una sociedad por acciones simplificada se inmiscuye en una actividad de gestión, administración o dirección de la sociedad²¹⁰, responderá como *autor que actúa por otro*.

Esta figura del actuar por otro está consagrada en el artículo 29 del Código Penal inciso tercero que consagra que será autor también aquella persona que actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica y realiza la conducta punible. Esto sólo será posible si se comprueba el dolo eventual del administrador de hecho, pues la doctrina considera que como aquel es un *extraneus*, no se le puede exigir deber objetivo de cuidado²¹¹.

Si bien es cierto que la figura del actuar por otro sólo aplica a delitos especiales²¹², es decir aquellos en los cuales el tipo penal se exige una calidad en el sujeto activo, delitos tales como el homicidio o las lesiones personales no tienen sujeto activo calificado por lo mismo no son especiales. Pero, respecto de los deberes exigibles frente a productos defectuosos (información, retiro, suspensión de la comercialización, etc.) en el ámbito empresarial cobra vital

²¹⁰ Artículo 27 de la Ley 1258 del 2008.

²¹¹ "...También hay que excluir la infracción al deber objetivo de cuidado (en los delitos culposos)". SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *La autoría en el actuar por otro en el derecho penal colombiano*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 193.

²¹² *Ibíd*em pp. 181 y ss.

importancia la *competencia dentro de la organización empresarial*²¹³, lo que lleva a señalar que sí son deberes especiales, en la medida en que no son exigibles a los operarios sino únicamente a los directivos con poder decisorio en la empresa, y si dadas diversas circunstancias las decisiones empresariales quedan en cabeza del administrador de hecho a este le serán exigibles dichos deberes²¹⁴, que en caso de incumplimiento lo harán responsable, pues la administración de hecho no debe ser obstáculo para proteger los bienes jurídicos de los consumidores.

²¹³FEIJOÓ considera que *“la empresa moderna se caracteriza por una intensa división de funciones y tareas necesarias para el correcto desarrollo de su actividad. Dentro de una empresa compleja ello provoca que existan ámbitos o secciones completamente diferenciados que funcionan de forma autónoma o independiente, lo cual debe ser tenido en cuenta a efectos de la responsabilidad penal”*. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, op. cit. pp. 177.

²¹⁴ Un sector de la doctrina española advierte *“Puede encontrar luz en la teoría de las fuentes materiales de las posiciones de garantía. Desde tal luz podría afirmarse que el administrador responde por lo que ha hecho, pero que originariamente ha hecho su empresa, porque la empresa es suya -o le identificamos con tal titularidad-: es una fuente de riesgos en su ámbito de organización. Si este es el fundamento, la administración de hecho debería restringirse a las personas con una posición general dominante en las mismas, opción que parece también sabia para interpretar el concepto cuando se utiliza directamente para describir el sujeto activo en un tipo penal (“el administrador de hecho o de Derecho”). Lo que pasa es que las posiciones de garantía se pueden adquirir también por delegación y eso creo que es a lo que se refiere otra vía de extensión, que es la actuación “en nombre de otro”, que sería la que acogería las tesis más expansivas relativas a la responsabilidad del representante. En tal sentido cabría pensar que cualquier delegado, cualquier sucesivo delegado, puede responder penalmente. (...) Nos importa el administrador de hecho porque hacia él se amplía en general el círculo de sujetos activos de los delitos especiales en los que el sujeto activo inicial sea una persona jurídica (art. 31) y porque es directamente el sujeto activo especial de algunos delitos societarios (arts. 290, 293 y 294)”*. LASCURAÍN SANCHEZ, Juan; NIETO MARTÍN, Adán; y otros. op. cit. pp. 97 y 487.

CONCLUSIONES

Para culminar esta investigación, se formularán unas breves conclusiones de cada uno de los temas generales que se han abordado y que tienen gran importancia para la reflexión del lector.

En lo relativo al derecho penal económico se concluye que permite castigar nuevas conductas punibles que se presentan en una sociedad moderna de riesgos. Esta subrama será el fundamento que permite tutelar los bienes jurídicos de la vida e integridad personal de los consumidores frente a productos defectuosos que circulen en el mercado, frente a una relación de consumo.

Frente a temas de derecho penal general tales como la imputación objetiva y la autoría y participación, el derecho penal de la empresa será aquel que permita analizar dogmáticamente y de forma más acertada la responsabilidad penal por productos defectuosos, pues estas conductas se presentan en el ámbito empresarial y por ende presentan complejidades frente a las cuales el derecho penal tradicional o nuclear queda corto, por lo que se resalta la importancia del derecho penal empresarial.

Las compañías son sofisticadas frente a este prolegómeno, la cultura de la autorresponsabilidad de la empresa ha generado que ellas mismas se asesoren para evitar la comisión de conductas punibles, para responsabilizarlas en caso de que se presenten. El *criminal compliance* es la piedra angular de la prevención del crimen corporativo, ha tenido acogida por las empresas para evitar afectar a los consumidores con productos defectuosos, por lo que se presentan un grupo de medidas tales como oficiales de cumplimiento respecto de normas de fabricación y reglamentos técnicos, la adopción de códigos de ética y buena gobernanza para evitar que prime el

interés de lucro por encima de la salud y seguridad de los consumidores, la implementación de programas de riesgos para manejar situaciones en las que se reporten quejas de los consumidores por daños ocasionados con el producto y mecanismos para establecer responsabilidad interna por la toma de decisiones que directa o indirectamente propicien daños a los consumidores.

Los casos sobre responsabilidad penal por productos defectuosos sucedidos a lo largo del tiempo tales como *Contergan*, *Lederspray*, *Colza*; enseñan que la protección penal del consumidor es más una realidad que una mera teoría, pues pueden producirse resultados devastadores. Por lo tanto esta clase de problemas hacen que actualmente dentro del estudio de la parte especial del derecho penal económico se hable del bloque de delitos contra los consumidores.

La práctica también indica que en estos casos debido a las complejidades de modo, tiempo y lugar de la conducta, así como las limitaciones técnico-científicas, se hace difícil establecer el nexo de causalidad dentro de la tipicidad objetiva, por lo que toma trascendencia la imputación objetiva, en la medida en que para endilgar responsabilidad penal no se trata simplemente de atribuir la mera causación de un resultado lesivo, sino de atribuir a través de criterios normativos la comisión de una conducta típica. En productos defectuosos se tendrá en cuenta para tal ejercicio de adecuación por una parte, el incumplimiento de deberes exigibles a los directivos de la empresa, por la otra; los criterios de imputación objetiva, la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado cuando en el proceso de fabricación se asume un riesgo que desemboca en la afectación de la salud de los consumidores y la posición de garante cuando los resultados lesivos se producen con ocasión de una decisión de los directivos de la empresa. Para delimitar la imputación entre los trabajadores de la empresa, tendremos en cuenta el principio de confianza como criterio de exclusión de la imputación objetiva para aquellos que

razonablemente confiaron en la labor de los colegas de otras áreas en la elaboración y comercialización del producto.

En Colombia, la Constitución consagra la obligación de seguridad de los productos e implica que estos no deben afectar la salud de los consumidores, si causan daños se genera el derecho a reclamar indemnización de perjuicios por parte de quien los sufre y el deber de repararlos para quien los produce, en virtud de la responsabilidad civil. Esta responsabilidad es de naturaleza objetiva, por lo tanto el productor o distribuidor no puede exonerarse probando diligencia en la cadena de producción; para que se configure el consumidor afectado debe probar el daño, la defectuosidad del producto y el nexo de causalidad entre defecto y daño.

Desde la óptica penal, la responsabilidad es subjetiva y de resultado, es decir sólo procede cuando se demuestre un elemento subjetivo de conducta en el fabricante u operario, que ocasione resultados lesivos típicos al consumidor los cuales estén consumados. La conducta puede ser por acción o por omisión y para atribuirle en cabeza de alguien, debe tener posición de garante o debe haber realizado un riesgo jurídicamente desaprobado en el producto. La regla general es que estos casos se presentan por imprudencia del fabricante en la toma de decisiones y cumplimiento de deberes, o del operario en la manufactura; ocasionalmente habrá dolo eventual cuando los directivos de la empresa desobedecen la orden de suspender la comercialización del producto por parte de autoridad competente o cuando reanudan la comercialización a pesar de la incerteza sobre el origen sobre la defectuosidad del producto.

En aquellos casos en donde el resultado típico no alcance su grado de consumación, no se debería castigar, pues la tentativa es un dispositivo amplificador del tipo prevista esencialmente para los delitos dolosos en los que ostensiblemente hay intención de generar daño, y si se concluye que la

conducta en los productos defectuosos será primordialmente culposa y en menor medida casos dolosa (en grado de dolo eventual), pues la punición de la tentativa no cumpliría con los principios de necesidad y razonabilidad de las penas en estos casos, por lo que se descarta su aplicación.

Habrá concurso de tipos penales cuando el producto defectuoso comercializado cause resultados típicos a varios consumidores, cuando el resultado sea el mismo para todos ellos habrá concurso homogéneo, si son diversos habrá concurso heterogéneo.

Finalmente, en lo atinente a la autoría, habrá autoría directa cuando el operario infringe el deber objetivo de cuidado en el proceso de manufacturación del producto o cuando la decisión empresarial que ocasiona los resultados lesivos en los consumidores la toma el directivo que tiene competencia para ello. Si dicha decisión está en cabeza de la junta directiva de la empresa, aquellos miembros que voten positivamente por la decisión reprochable serán coautores. Cuando la decisión criminal la tome un administrador de hecho de la empresa, será responsable como autor que actúa por otro. En relación a la participación, nos adherimos a la posición mayoritaria de la doctrina que considera que no hay participación en los delitos imprudentes.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ANDRADE CASTRO, Alexander. “El delito de omisión” AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Universidad Externado de Colombia, 2001.

ARROYO ZAPATERO, Luis; MARTÍN NIETO, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2005.

BACIGALUPO, Enrique; STAMPA, José. *La reforma del Derecho penal económico español*, Madrid, 1980.

BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2001.

BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. “La responsabilidad por el producto en el Derecho Penal Alemán. Presupuestos de imputación” AA.VV. XXXII Jornadas Internacionales de Derecho penal: Derecho Penal Económico y de la Empresa, Universidad Externado de Colombia, 2010.

BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. *El principio de confianza en un derecho penal funcional*, Universidad Externado de Colombia, 2008.

BOTERO MARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

CASTRO CUENCA, Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita. *Derecho penal societario*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2018.

CARO CORIA, Dino. *Sociedades de riesgos y bienes jurídicos colectivos*, Revista de Derecho Themis, Perú, 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel. “El caso contergan cuarenta años después” AA.VV. *Cincuenta casos que hicieron doctrina*, Editorial La Ley, 2010.

CHAMIE GANDUR, José. *Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor*, Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho Privado, 2013.

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro. *La posición de garante del fabricante en el derecho penal alemán*, Revista de Política Criminal, Chile, 2017.

CORDOBA ANGULO, Miguel. *La tentativa*, Universidad Externado de Colombia, 2001.

CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2009.

DAZA LORA, Juan. *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual*, Ibáñez, Bogotá, 2018.

DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio. *La garantía legal y la responsabilidad por productos defectuosos en el nuevo estatuto del consumidor*. Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho y Economía, 2012.

DURAN FERNANDEZ, Adriana. *Régimen de responsabilidad por producto defectuoso en Colombia*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2018.

ESCOBAR VÉLEZ, Susana. *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

ESPINOSA APRAEZ, Brenda. *La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2001. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional*, Universidad externado de Colombia, Revista de Derecho Privado, 2015.

FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa del delito*, Bosch, 1986.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Ed. Olejnik, 2017.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas*. Revista de derecho penal y criminología, Universidad Externado de Colombia.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997.

GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico*, Universidad Externado de Colombia, 2012.

GÓMEZ PAVAJEU, Carlos. *La impronta genética de Ihering en la dogmática penal*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, 2010.

GÓMEZ RIVERO, María. *Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2013.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. "Autoría y participación" AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Universidad Externado de Colombia, 2011.

HORVITZ LENNON, María. *Autoría y participación en el delito imprudente*, Revista de Estudios de la Justicia, Chile, 2007.

IÑIGO CORROZA, María. "El caso del "producto protector de la madera" (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán" AA.VV. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Argentina, 1999.

IÑIGO CORROZA, María. *La responsabilidad del fabricante por defectos de sus productos*, Bosch, Barcelona, 2001.

JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2001.

JOACHIM, Hans. *Sistemática y límites de los delitos de peligro*, Revista Latinoamericana de Derecho, Universidad Autónoma de México, Año V, núm. 9-10, enero-diciembre, 2008.

LASCURAÍN SANCHEZ, Juan; NIETO MARTÍN, Adán; y otros. *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Dykinson, 2018.

LOPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de derecho penal*, Universitas, Madrid, 1996.

LUZON PEÑA, Diego. *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1989.

KUHLEN, Lotard. *Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2002.

MATA Y MARIN, Ricardo. *Los bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Editorial Comares, Granada, 1997.

MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo. "La responsabilidad penal por el producto. Especial referencia al producto farmacéutico" AA.VV. *XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Universidad Externado de Colombia, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

MIR PUIG, Santiago. *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del "lus puniendi"*, Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.

MORENO PRIETO, Rafael. "Los stakeholders y la responsabilidad social corporativa" AA.VV. *El Gobierno Corporativo en Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores, Madrid, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal español*, Revista Derecho y Sociedad, 1995.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal hacia el sistema. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, Universidad de Bonn. Trad. Manuel Cancio y Enrique Peñaranda, Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Manual de obligaciones*, Editorial Temis, Bogotá, 2010.

PAREDES CASTAÑÓN, José. *De nuevo sobre el caso de la colza: Una República*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2000.

PAREDES CASTAÑÓN, José; RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos defectuosos o alterados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

PEREZ DEL VALLE, Carlos. "Introducción al derecho penal económico" AA.VV. BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2005.

PEREZ-SAUQUILLO, Carmen. *Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos*, Foro FIPC, 2015.

PUPPE, Ingeborg. *Arbeitsteilung und Verantwortungsteilung beim ärztlichen Heihandeln*, trad. por Nuria Pastor Muñoz, Revista Indret, Barcelona, 2006.

RAMIREZ BARBOSA, Paula; CASTRO CUENCA, Carlos. *Derecho penal económico*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2010.

RAMIREZ BARBOSA, Paula. *Responsabilidad penal corporativa y compliance. Marco regulatorio de ética, gobernanza y control de riesgos en las empresas*, Revista Paradigma, Ribeirao Preto-SP, 2018.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 2005.

RUIZ LÓPEZ, Carmen. *Protección penal del medio ambiente*, Revista de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, 2006.

ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, 2014.

ROXIN, Claus. *Estudios de derecho penal: fundamentos político-criminales y sistemáticos del derecho penal. Causalidad e imputación objetiva*, Nueva Jurídica, 2016.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Civitas, Trad. Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 1996.

SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. "Concurso de tipos penales" AA.VV. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Universidad Externado de Colombia, 2011.

SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y sobrevaloración del aporte*, Universidad Externado de Colombia, 1997.

SALVADOR CODERCH, Pablo. *Causalidad y responsabilidad*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2006.

SCHUNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.

SCHUNEMANN, Bernd. *Sobre la dogmática y la política criminal del medio ambiente*, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, 1999.

SCHUNEMANN, Bernd. *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, Wistra, 1982.

SCHÜNEMANN, Bernd. "El castigo de la corrupción privada según el derecho penal vigente y futuro" AA.VV. *Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Universidad de Medellín, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975.

SILVA SANCHEZ, Jesús. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, B de F, 2013.

SILVA SANCHEZ, Jesús. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

SILVA SANCHEZ, Jesús. *Yates memorandum*, Revistes Catalanes amb Accés Obert, 2015.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *La autoría en el actuar por otro en el derecho penal colombiano*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, 2004.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco. White collar crime. The uncut version*, Editorial B de F Euros Editores, Buenos Aires – Montevideo, Argentina, 2009.

SUTHERLAND, Edwin H. *Is "white collar crime", crime?*, American Sociological Review, 1945.

SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2005.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La responsabilidad civil por productos defectuosos y su aseguramiento*, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, 1998.

TIEDEMANN, Klaus. *Lesiones corporales y responsabilidad por el producto. Comentarios al caso "Degussa"*, Revista de la facultad de derecho, Universidad de Granada, ISSN 0212-8217, N°3, 2000.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant Lo Blanch, 2010.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985.

VAN WEEZEL, Alex. "Autoría y responsabilidad por el producto: ¿Participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?" AA.VV. *Derecho Penal y Sociedad. Estudios sobre las obras de Gunther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación*, Universidad Externado de Colombia, 2010.

VOLK, KLAUS. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, Adhoc, Argentina, 2013.

Jurisprudencia extranjera

Tribunal de Aachen (LG), Auto del 18 de febrero de 1970. (*Contergan*)

Tribunal Superior Federal Alemán (BGH), Sentencia del del 2 de agosto de 1995, mediante la que se revisa la Sentencia del Tribunal de Frankfurt (LG Frankfurt) del 25 de mayo de 1993. (*Holzschutzmittel*)

Tribunal Superior Federal Alemán (BGH), Sentencia del 06 de julio de 1990, mediante la que se revisa la Sentencia del Tribunal de Mainz (LG Mainz) del 16 de enero de 1898. (*Lederspray*)

Tribunal Supremo Español, Sentencia del 23 de abril de 1992, mediante la cual revisa la Sentencia de la Audiencia Nacional del 20 de mayo de 1989. (*Aceite de Colza*)

Jurisprudencia nacional

Consejo de Estado, Sentencia del 24 de marzo del 2011, Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Corte Constitucional, Sentencia C-263 del 2011, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C-583 del 2015, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz.

Corte Constitucional, Sentencia T-543 del 2017, Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de abril del 2009, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de septiembre de 1982, Magistrado Ponente Luis Enrique Romero Soto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de septiembre del 2004, Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 08 de agosto del 2005, Magistrado Ponente Hernán Galán Castellanos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de abril del 2006, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de octubre del 2006, Magistrada Ponente Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 01 de julio del 2015, Magistrado Ponente José Luis Barceló.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 30 de septiembre del 2015, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de abril del 2018 Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 35240 del 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 79980 del 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 33767 del 2016.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 57151 del 2016.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 92719 del 2018.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 19014 del 2019.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Sentencia del 04 de marzo del 2019, Magistrado Ponente Fabio David Bernal Suárez.