

## Responsabilidad penal por el producto y Derecho Penal de Riesgo

Germán Edgardo Gimenez Meza\*

*EJE TEMÁTICO: “DERECHO PENAL - PARTE GENERAL”. Problemas de la creación y concreción de riesgo en la imputación objetiva. Posiciones de garante.*

### I. Introducción [\[arriba\]](#)

El modelo de sociedad postindustrial en el que vivimos se caracteriza por ser lo que Ulrich Beck(1) a denominado una “sociedad del riesgo”, individualizada básicamente por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de nuevos avances tecnológicos, donde el extraordinario desarrollo de la técnica, ha tenido y sigue teniendo repercusiones directas en un incremento del bienestar individual.

Sin embargo y desde la perspectiva del Derecho penal, conviene no ignorar las consecuencias de ese «riesgo de procedencia humana» como fenómeno social estructural y ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos, provienen precisamente de las decisiones que, otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances tecnológicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.). Así, el progreso técnico da lugar, a la adopción de nuevas técnicas como instrumento que le permite producir resultados especialmente lesivos; surgiendo asimismo modalidades delictivas de nuevo cuño (doloso-eventual o imprudente) que se proyectan sobre espacios abiertos por la tecnología. En efecto, las consecuencias lesivas del «fallo técnico» aparecen como un problema central en el ámbito del riesgo penalmente relevante(2).

Frente a estos nuevos riesgos, cobra importancia cada vez más la «responsabilidad penal por el producto», pues en nuestro contexto social, los consumidores esperan que los productos no les dañen (en caso de ser utilizados de un modo razonable), bajo ese supuesto - precisamente- los adquieren y utilizan, y en caso de que no se puedan excluir absolutamente los peligros que surgen de la utilización razonable o normal del producto (por ejemplo, los denominados efectos secundarios), los consumidores también esperan que el productor se los informe con claridad y detalle.

Dentro de las expectativas de los usuarios, también se encuentra la de que el productor les advierta de los riesgos que han llegado a conocimiento de la empresa después de poner el producto en el mercado inclusive. Todas estas expectativas permiten al consumidor dejar a un lado una serie de preocupaciones y cuidados, que son asumidos por el productor, en quien se deposita una determinada confianza. Ello no solo optimiza el ejercicio de la libertad del consumidor, sino que además fomenta (en favor del productor) la compra de bienes “dignos de confianza”. Si, el fabricante quiere aprovechar las ventajas (fundamentalmente económicas) que las expectativas descritas traen consigo, debe cumplir con la respectiva “contraprestación”, a saber: él no puede crear, a través de la introducción de productos en el mercado, riesgos jurídicamente desaprobados en perjuicio de la vida y salud del consumidor y si él no está en condiciones de desarrollar su actividad sin afectar tales bienes jurídicos, simplemente no debe emprenderla(3).

Ahora bien, la responsabilidad penal por el producto y en general el modelo de sociedad de riesgo, plantea una problemática mayor, que ha sido puesta en

evidencia por la denominada escuela de Frankfurt(4) y que está referida a la idoneidad del Derecho Penal nuclear para abordar estos fenómenos criminales o si, por el contrario, esta dogmática clásica deber ser flexibilizada y desformalizada(5) para adaptarse a este nuevo paradigma social; en cuyo caso deberán precisarse los límites de esta flexibilización, para no desestabilizar los pilares fundamentales de la teoría de delito.

Esta problemática general, es variada y de diversa índole (vgr. determinación del riesgo permitido, nexo de imputación entre la conducta y el resultado, tipo subjetivo, autoría en el ámbito de la empresa, error, exigibilidad de la conducta y omisión impropia, entre otros), sin embargo en el marco del presente trabajo, se abordará el problema fundamental referido al deber jurídico del fabricante, en orden a no poner en peligro la vida y salud de los consumidores y del cual surgen a su vez dos tipos de deberes jurídicos, la prohibición de poner en el mercado productos peligrosos en caso de utilización racional o normal y, el controvertido deber de vigilar el producto a partir de su introducción en el mercado, cuando éste importa un producto nuevo que posibilita el desarrollo de la sociedad y por lo tanto encierra un «peligro potencial», para luego en caso de ser necesario advertir a los consumidores o retirar el producto del mercado.

## **II. Riesgo no permitido [\[arriba\]](#)**

El primero y más elemental de los deberes del fabricante (*neminem leade*), surge del sinalagma libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias y consiste en la prohibición de poner en el mercado productos «peligrosos» en caso de utilización racional o normal, dicho deber se infringe si el producto contiene defectos de diseño, fabricación o instrucción(6). Es decir, un producto se puede considerar peligroso cuando adolece de un diseño defectuoso, esto es cuando la concepción del mismo no cumple con los estándares de calidad que garantizan su uso seguro; un defecto de fabricación se presenta cuando -debido a una falla en la fase de producción- el bien no alcanza el nivel de seguridad que sí mostraba el diseño del producto; y un defecto de instrucción, se presenta cuando los productos carecen de las instrucciones necesarias para un uso seguro o bien cuando no se advierte al consumidor de ciertos peligros.

Para la evitación de defectos de diseño, fabricación o instrucción, el fabricante tiene el deber de ajustar su conducta especialmente a las normas pre-jurídicas (reglas técnicas) que rijan el respectivo ámbito productivo. Se trata de las más variadas “reglas del arte”, “prescripciones”, “normas”, “directrices” o “recomendaciones” desarrolladas por asociaciones de profesionales o técnicos en el ámbito del diseño, fabricación e instrucción de los más variados productos, y que persiguen la limitación o reducción de riesgos para los bienes jurídicos del consumidor. Tales normas pre-jurídicas constituyen la manifestación de la experiencia acumulada en el respectivo sector productivo y expresan un saber empírico aplicado e indican la forma de proceder para dominar ciertos peligros.

Sin embargo, esta claridad conceptual -propia de los modelos ideales- muchas veces no resulta tan sencilla de ser llevada a la práctica, por ejemplo, si analizamos en caso Degussa(7), este se trataba de una empresa productora de amalgamas de mercurio para empastes dentales, que fue llevada a juicio por daños a la salud, que iban desde molestias orales (encías sangrantes) pasando por dolencias en el sistema nervioso central y daños psíquicos, como falta de concentración e insomnio. Pero la medicina académica hasta el día de hoy, como las autoridades sanitarias, la OMS sostenían que la amalgama dental generalmente es inofensiva e incluso su

comercialización está permitida oficialmente, aunque en raros casos puede producir reacciones alérgicas, es decir que la cantidad de mercurio presente en la amalgama puede ser pasada por alto en comparación a otros productos, como son los alimentos. Esta concepción contrastaba con una interpretación marginal, que sostenía que los empastes dentales producen un aumento significativo de los niveles de mercurio y conllevan la aparición de enfermedades y envenenamientos.

Pese a los hechos expuestos en Degussa, en el que se discutía la existencia de un defecto de información, no existió una sentencia que se pronuncie sobre la adecuación de la conducta (por un acuerdo con la fiscalía), sin embargo las normas pre-jurídicas juegan un rol esencial para fundar la previsibilidad de los resultados lesivos que puede desencadenar las conductas del fabricante. En la medida que tales normas pre-jurídicas representen un compromiso normativo adecuado, entre los intereses en la libertad y el mantenimiento de bienes jurídicos, su infracción o acatamiento por parte del fabricante tendrá consecuencias relevantes para responder la pregunta si los riesgos creados por este tienen el carácter de desaprobados o permitidos. Así, las normas pre-jurídicas son el reflejo de una ponderación adecuada entre los intereses en la libertad y el mantenimiento de bienes cuando: a) su cumplimiento no dispare los costos de producción, b) no afecte la utilidad del producto y c) reduzca el riesgo de tal modo que un consumidor razonable no dejaría de emplear el bien de consumo para proteger su vida y salud(8). De este modo, los riesgos que surjan de la conducta del fabricante y que se desvíen de lo prescripto por las normas pre-jurídicas adecuadas, para la evitación de defectos de diseño, fabricación o instrucción, representarán normalmente, riesgos jurídicamente desaprobados. Por el contrario, aquellos peligros que puedan subsistir aun cumpliendo con los respectivos deberes de diseño, fabricación o instrucción, contenidos en normas pre-jurídicas que puedan considerarse como adecuadas, constituirán riesgos jurídicamente permitidos o tolerados(9).

Ahora bien, la transgresión de la prohibición de poner en el mercado productos peligrosos por defectos de diseño, fabricación o instrucción, debe ser tratada conforme a los principios que rigen para los delitos de acción. Pues aquí el injusto decisivo no debe hallarse en la omisión del cumplimiento de un deber jurídico específico, sino en una conducta positiva que no cumple con determinados requisitos y que, por consiguiente, es contraria a una prohibición, a saber: poner en el mercado un producto que no cumple ciertas condiciones mínimas de seguridad. Tal conducta positiva contraria a Derecho podría castigarse penalmente en el marco de los delitos de homicidio, de lesiones y contra la salud pública.

Esto ha sido puesto de manifiesto a partir del caso del aceite de Colza(10) en el que los acusados (importadores y distribuidores del producto) habían importado a España cantidades ingentes de aceite de colza, el cual estaba destinado exclusivamente a fines industriales, pues de acuerdo con las disposiciones administrativas estaba desnaturalizado con la sustancia venenosa anilina, no obstante, el aceite se introdujo en el mercado de comestibles, siendo infructuosos los intentos de los industriales de eliminar la anilina del aceite, provocando entre los consumidores lesiones en los vasos sanguíneos, lo que fue declarado como una enfermedad nueva, denominada «síndrome tóxico» y afectando a 15.000 personas de las cuales fallecieron 330. Pero, lo esencial aquí, es que a los acusados, no se los condenó por omitir controlar el proceso de refinado como pretende el autor español Paredes, sino por la acción -contraria a las reglas pre jurídicas- de poner a la venta aceite envenenado(11) para el consumo humano.

### III. Riesgo de desarrollo [\[arriba\]](#)

Ahora bien, puede ocurrir que un fabricante diligente no reconozca ex- ante los riesgos de un producto nuevo, esto es al momento de ponerlo en el mercado y pese a ello, pueda decirse que su conducta ha causado daños derivados de ese producto.

Esta distinción, entre la introducción de un riesgo no permitido (producto ex ante peligroso por defectos de diseño, fabricación o información) y la introducción de lo que aquí se denominará «riesgo de desarrollo», del cual surge el deber de vigilar el producto, surge a partir del caso Lederspray, el cual a diferencia de otros casos de responsabilidad por el producto (vgr. Degussa o Colza) porque presenta características especiales, pues en la mayoría de las causas de productos defectuosos, los mismos son introducidos en el mercado (dolosa o imprudentemente) y esos comportamientos activos ya son típicos mediante acción<sup>(12)</sup>. La particularidad del caso de Lederspray reside en que el comportamiento activo de comercializar el producto fue durante muchos años jurídico-penalmente irreprochable, trasladándose el problema a los delitos de omisión (impropia por cierto).

Dicha tarea no resulta sencilla, pues sobre las bases de las reglas tradicionales que regían la posición de garante<sup>(13)</sup>, no resultaba fácil fundamentar la obligación del fabricante de retirar el producto causante de los daños.

Brevemente, el BGH<sup>(14)</sup> se ocupa de una empresa que desde hace bastante tiempo se dedicaba a la fabricación de aerosoles para el cuidado de artículos de cuero y piel, siendo comercializado el producto por dos sociedades filiales de aquella y en un momento determinado quienes utilizaron dichos productos comenzaron a sufrir daños en la salud (dificultades respiratorias, tos, náuseas, escalofríos y fiebre), requiriendo muchos de ellos asistencia médica y teniendo que ser ingresados en unidades de cuidados intensivos donde peligró su vida.

En el caso se distinguieron cuatro tramos temporales, en un principio los aerosoles se habían fabricado de acuerdo a los conocimientos técnicos del momento, sin que nada hiciera prever que podían ser peligrosos para la salud, por lo que las lesiones ocasionadas en ese período no fundamentaron condena alguna, dado que el resultado típico se condujo -por ausencia de dolo y de culpa- a un caso fortuito.

Un segundo tramo, cuando la empresa comienza a tener noticias de que las personas que habían utilizado el aerosol para cueros, padecieron daños en la salud, la no retirada del producto, cuando ya existían datos de que puede ser peligroso aunque se desconozca cual es la sustancia concreta que provoca las enfermedades (investigaciones internas realizadas), constituye imprudencia, imputándole las lesiones en comisión por omisión.

Un tercer tramo, luego de una reunión de crisis de la empresa con el jefe del departamento de química, quien manifestó que no existía indicio alguno de propiedades tóxicas, ni peligrosidad de los aerosoles o motivo alguno para retirar los aerosoles; pese a la acumulación de indicios de que los aerosoles eran efectivamente peligrosos para la salud y la persistencia en la no retirada del producto, se cambia el título de imputación (lesiones en comisión por omisión) inicialmente imprudente a doloso eventual.

Y finalmente en un cuarto tramo, en donde por unanimidad la empresa decide introducir nuevos aerosoles en el mercado, luego de la reunión, la conducta activa es calificada como acción dolosa de lesiones. El producto se siguió comercializando y causando ulteriores daños por lo que la Oficina Federal de Salud ordenó la paralización de las ventas y la retirada del producto.

Desde el punto de vista de la omisión impropia, aquí interesa el segundo y tercer tramo para fundamentar una posición de garante, si es que se quiere fundamentar algún tipo de responsabilidad penal; ya que conforme a lo desarrollado hasta aquí, en el primer tramo la acción de introducir el producto era conforme a las reglas técnicas y, en el cuatro tramo era contraria a las mismas.

*a) La tesis de la injerencia:*

Desde el punto de vista de las fuentes tradicionales de la posición de garante, el BGH fundamentó la comisión por omisión, una vez que se tuvo noticia de los daños que se estaban causando, en el hacer precedente de los directivos de haber introducido el producto peligroso en el mercado. Pero teniendo en cuenta que en el momento de la acción no era cognoscible que se tratara de un producto defectuoso y la tesis de la injerencia implica que la acción previa, para poder fundamentar una responsabilidad, tenía que ser contraria al deber. El tribunal se ve obligado a acudir a un artificio a fin de justificar que la comercialización del aerosol para cuero fue un comportamiento incorrecto.

Así, sostuvo: “la posición de garante se siguió de un comportamiento de peligro y contrario al deber (injerencia)”(15), ya que el ordenamiento jurídico prohíbe crear peligros, de los que en el ulterior devenir se desarrollen daños corporales para terceros, si no se interviene en el curso de los acontecimientos. Aunque no sea posible encontrar una norma legal específica que aplique sanciones a tales comportamientos de puesta en peligro, la protección general de la que goza el bien jurídico de «integridad corporal» proporciona ya el fundamento jurídico. La contrariedad objetiva con el deber del comportamiento previo no presupone que el agente haya lesionado con ello, sus deberes de cuidado, es decir, que se haya comportado imprudentemente, basta con la desaprobación jurídica del resultado del peligro, siendo irrelevante si el comportamiento de quien lo ha provocado es reprochable en el sentido la culpabilidad personal. La creación de una situación de peligro fundamenta una posición de garante que obliga a la evitación del daño, incluso aunque en todo ello no resida ninguna infracción al deber de cuidado; y de ella deriva la obligación de retirar los aerosoles peligrosos para la salud que se hallaban en el comercio.

Observaciones: quienes rechazan la tesis del BGH, como por ejemplo Kuhlen(16) o Freund(17), consideran que la sentencia prescinde del requisito del hacer precedente contrario al deber para fundamentar injerencia, cuando se apunta al resultado jurídicamente desaprobado del peligro o se basa en la contrariedad objetiva con el deber de la comercialización sobre la peligrosidad -constatada ex-post - de los productos introducidos en el mercado; pues la injerencia exige la creación del riesgo desaprobado ex-ante.

Es que, los deberes jurídicos deben motivar a sus destinatarios a un determinado comportamiento, y, por ello, un comportamiento sólo puede ser (objetivamente) contrario al deber cuando va vinculado a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado cognoscible (objetivamente) en el momento de la acción. Como consecuencia de ello, la introducción en el mercado de los aerosoles solo habría sido

contraria al deber cuando se hubiera podido conocer su peligrosidad en la introducción del producto.

De ello se deriva que, la única forma de fundamentar omisión impropia, es la de modificar el planteamiento tradicional de la injerencia y admitir el hacer precedente conforme a derecho, cuando el fabricante tiene (sobre la base de su perspectiva, de sus conocimientos especializados y de su organización) mayores posibilidades de actuación que cualquier otro tercero y realizan un comportamiento de riesgo incrementado o cualificado, en relación a la conducta normal y cotidiana. Esta postura -seguida incluso por Jakobs(18)- ha dado lugar a la teoría del incremento del riesgo o introducción de un riesgo especial, pero que no es más que una variación de la fuente de la posición de garante por injerencia.

*b) Tesis de la infracción a los deberes de aseguramiento del tráfico:*

En el caso de Lederspray, el Tribunal de instancia dedujo la posición de garante de los directivos y el consecuente deber de retirar el producto del mercado, del deber jurídico privado de aseguramiento del tráfico, esto es el deber de observación del producto y se apoya en principios desarrollados por la Sala Civil del BGH para la ámbito de responsabilidad privada por el producto, la cual sirve como fundamento de la responsabilidad penal, dado que la obligación de indemnizar se concibe como responsabilidad extracontractual. Sin embargo el BGH, al momento de revisar la sentencia, no la asumió ni la rechazó, pues consideró que si los deberes civiles de prevenir daños coinciden con los fundamentadores de responsabilidad penal, no es necesario decidirlo en esa resolución, pues la posición de garante se sigue de un comportamiento peligroso previo contrario al deber (injerencia). Esta tesis es seguida por Brammsen(19).

Observaciones: se le ha objetado a esta posición que la misma reconoce su fundamento en la teoría de las funciones de Kaufmann, en controlar una fuente de peligro, sin embargo tales deberes solo fundamentan una posición de garante mientras el obligado tiene la cosa bajo su dominio, pero no cuando aquella ha salido de su esfera de influencia y, en el caso de Lederspray, los productos ya se encontraban en manos de los consumidores. Asimismo, el producto no es peligro, sino que puede serlo potencialmente.

*c) Tesis del dominio del hecho:*

Schünemann(20) estima que en el caso de Lederspray o en cualquier otro de estructura análoga en la fabricación y comercialización de productos, que luego resultan perjudiciales para la salud, no es posible fundamentar una posición de garante de los directivos de las empresas, por lo que éstos solo pueden responder por una omisión del deber de socorro.

Es que, la introducción en el mercado de un producto no constituye un hacer precedente en el sentido de la injerencia, ya que en el momento de la acción no le era cognoscible que se trataba de una mercancía defectuosa, por lo que falta el requisito de contrariedad al deber. Por otro lado, quienes afirman un nuevo criterio ad-hoc basado en un comportamiento de riesgo incrementado del fabricante, porque tiene mayores posibilidades - como consecuencia de su posición privilegiada- de evitar el resultado, se le objeta que la falta del criterio de contrariedad al deber, abarcaría de forma ilimitada cualquier condición del resultado.

La tesis de una posición de garante basada derivada de deberes de aseguramiento del tráfico, debe ser igualmente rechazada pues dichos deberes solo entran en juego mientras el omitente tiene el dominio del producto, es decir mientras están siendo elaborados y puestos a punto para ser introducidos en el comercio, si durante ese tiempo de dominio y a consecuencia de una omisión contraria a deber (por ejemplo la mercancía no es sometida a un control preceptivo) aquella sale al mercado defectuosamente, produciéndose la lesión de bienes jurídicos, entonces dicha lesión le será imputada como omisión impropia basado en deberes del tráfico.

Pero si durante el tiempo de dominio se comportan conforme a derecho y no realizan ninguna acción, ni omisión que no sean las correctas (ex-ante) y posteriormente, no obstante la observancia del cuidado debido se pone de manifiesto algún defecto del producto, como ya ha salido de su esfera de dominio, solo se lo puede hacer responsable por una omisión del deber de socorro pero no deberes de salvamento.

Resulta inaceptable trasponer íntegramente el deber de retirada del producto desarrollado en la responsabilidad extracontractual civil al derecho penal, donde el papel decisivo lo desempeña el dominio del hecho.

*d) Tesis personal sobre la creación de un riesgo de desarrollo:*

El contexto de la «sociedad del riesgo», ha puesto de manifiesto que el progreso tecnológico se va situando -a un ritmo acelerado- en nuevos escenarios, en los que no se conocen con certeza los posibles efectos de las nuevas tecnologías, precisamente porque son nuevas y no se dispone con frecuencia del conocimiento científico previo, ni de una experiencia dilatada y significativa de su aplicación, ni se sabe con certeza la incidencia y efectos recíprocos que puedan producirse en su relación con otras tecnologías, productos, organismos o el medio ambiente en general, lo que normalmente configuraría las «normas pre-jurídicas».

Basta con leer el prospecto de un medicamento para abandonar cualquier aspiración de certeza, pues en ningún caso se afirma la imposibilidad de efectos nocivos, sino que, de manera más prudente, se informa que, por el momento, tales efectos no se conocen. Esta falta de conocimiento es un problema complejo que puede reconducirse a dos momentos: uno es el de la toma de decisiones (introducir un producto nuevo) y otro el de la responsabilidad penal derivada de ese desconocimiento, donde los daños que se produzcan -por tratarse de tecnología- ya no pueden imputarse al destino ineludible de la naturaleza, sino que siempre podrá advertirse en su origen una o varias decisiones humanas.

Así, en este contexto social surgen los llamados «riesgos de desarrollo», donde se combinan dos tipos de expectativas, por un lado, el no introducir nuevos peligros y por el otro, posibilitar el progreso productivo.

De esta manera, cuando el fabricante introduce un riesgo de desarrollo, el mismo se encuentra dentro del nivel de riesgo permitido, conforme a las reglas pre-jurídicas del momento, pues se trata de un producto nuevo, que inicialmente cumple con las expectativas de posibilitar el progreso productivo, pero que a la vez debe cumplir con las expectativas de no introducir nuevos peligros, interponiéndose -el fabricante- fácticamente como «barrea de contención de riesgos(21)», y asumiendo el contenido de un deber en parte cerrado y en parte abierto a las circunstancias que pueden dar lugar a la producción de un defecto del producto.

En otros términos, el fabricante tiene el deber negativo de no introducir nuevos peligros en una sociedad saturada de riesgos, como se trata de un producto nuevo, dichos conocimientos todavía no han alcanzado cierta consolidación y por lo tanto el fabricante -que decide introducir un riesgo de desarrollo- se interpone fácticamente como barrera de contención de riesgos, de la cual deriva el deber complementario -reflejo del deber negativo- de vigilar el producto.

Esto es así, porque, aunque no sea posible justificar una responsabilidad del fabricante por los riesgos no identificables al momento de comercializar su producto, sus deberes jurídicos no cesan ahí. Por el contrario, el fabricante está obligado, a partir de la comercialización del producto, a “vigilarlo” permanentemente, en relación a posibles riesgos ocultos, e informarse de las eventuales consecuencias perjudiciales que, para los intereses de los consumidores, la utilización del producto traiga consigo, pues quien pone en el mercado bienes potencialmente peligrosos, es responsable por tal peligrosidad latente, aun cuando esta sólo se ponga en evidencia con posterioridad a la comercialización.

Por ello, no es el conocimiento lo que genera el deber de actuar, sino que el deber preexiste y el conocimiento proveniente de terceros o de la propia investigación, posibilita la imputación doloso- eventual o imprudente.

La imposición de tal deber constituye la repartición de cargas más justa entre fabricante y el consumidor, pues no parece razonable ni justo que aquel ejerza su libertad económica (obteniendo un provecho patrimonial de ello) pretenda que sea el consumidor el competente para hacer frente a los «riesgos de desarrollo» que tal ejercicio de la libertad conlleva(22). Ello supondría convertir sus organismos, sus derechos y su patrimonio, en materia de ensayo y experimentación de nuevos productos y tecnologías; y si sufren daños, se adoptarán las pertinentes medidas correctoras sin coste alguno para los causantes.

Este deber de vigilancia presenta a su vez dos facetas, una pasiva mediante la verificación de los reclamos que lleguen al fabricante, en relación a defectos del producto; y una activa tomando la iniciativa para generar y valorar aquella información que le permita descubrir los riesgos del producto no reconocibles al momento de su introducción en el mercado.

Pero, si en el marco de la vigilancia del producto, el fabricante constata que éste representa un peligro para la vida o salud del consumidor no tolerado jurídicamente, está obligado además a adoptar las correspondientes medidas de neutralización de dichos riesgos (nuevos deberes de advertencia y retirada del producto).

#### **IV. Conclusiones** [\[arriba\]](#)

1.- Teniendo en cuenta lo expuesto y quizás como respuesta a una problemática más general, puede considerarse que en el contexto social actual -propio de la sociedad del riesgo- la producción y distribución de productos, hace necesaria la intervención del derecho penal, pues los daños que éstos provocan, ponen en tela de juicio normas de conducta que protegen bienes jurídicos fundamentales y no parecen existir medios menos gravosos (e igualmente eficaces) para la mantención de la vigencia de las respectivas normas de conducta.

2.- Sin embargo, esto no es tan sencillo como puede sonar, pues se debe añadir que la sociedad actual viene caracterizada además por específicos y modernos

«problemas de riesgo» que desestabilizan los pilares clásicos de la teoría del delito, como lo han puesto de manifiesto los casos Degussa, Colza o Lederspray, llevando los tipos tradicionales del Derecho penal nuclear, como lesiones y homicidio, a un Derecho penal «moderno» o «del riesgo» que pretende solucionar los problemas mediante la extensión de los conceptos penales y la disolución del poder limitador de los principios.

3.- Por esta razón, resulta necesario establecer límites a esta extensión de punibilidad, los que pueden resultar tan problemáticos como discutibles en su concreta aplicación, y que se han manifestado en constelaciones de casos típicos (causalidad general, autoría en el ámbito de la empresa, dolo, etc); pero el límite más importante de la responsabilidad penal por el producto viene constituido por la concreción de los deberes del fabricante.

4.- De esta manera, el deber jurídico fundamental lo constituye el no poner en peligro la vida y salud de los consumidores, y tiene dos manifestaciones un *neminem leade* de no poner en el mercado productos defectuosos (riesgo no permitido) y un deber positivo -reflejo del negativo- de vigilar el producto en el mercado, cuando su introducción resulta potencialmente peligroso (riesgo de desarrollo).

5.- Así, desde el punto de vista de los delitos de acción, las normas pre-jurídicas tienen un rol preponderante en aquellos espacios no positivizados, de manera que representan un criterio racional para valorar las esferas de libertad y la no afectación a bienes jurídicos, configurando los límites del riesgo permitido.

6.- En cambio, desde el punto de vista de los delitos de omisión (impropia) la única forma de fundamentar una posición de garante, es admitir la existencia de «riesgos de desarrollo», donde la idea clave es, la asunción fáctica como barrera de contención de riesgos, la cual se fundamenta en la expectativa jurídico-objetiva, dirigida a quienes desarrollan una determinada actividad productiva, de que no va a introducir nuevos riesgos, y que genera el deber de vigilar el producto.

## Notas [\[arriba\]](#)

*\* Abogado egresado de la FCJS - Universidad Nacional del Litoral. Maestrando de Derecho Penal en la FCJS - Universidad Nacional del Litoral.  
drgimenezmeza@hotmail.com*

1 BECK, ULRICH: “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, Ed, Paidós Ibérica S.A., Barcelona España, 2002. Traducción de Navarro-Jiménez-Borras. Cfr. PRITTWITZ, CORNELIUS: “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en AA.VV: “Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo”, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91) Cuenca 2003, pág 259 a 287.

2 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.” Ed. B de F, tercera edición, Bs. As. 2011, pág 13 y ss.

3 CONTRERAS, LAUTARO: “La responsabilidad del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada”.Revista Polít. Crim. Chile Vol. 10, N° 19 (Julio 2015), Art. 9, Pág 274.

- 4 Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: “Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad de riesgo»: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en AA.VV.: “Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum. En homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García”, Ed. Colex, España, 2006, pág 137 a 176.
- 5 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (responsabilidad por el producto, accesoria administrativa del derecho penal y decisiones colegiadas)”, en Revista Anuario de derecho penal y ciencias penales, T. LII, 1999, pág 52.
- 6 SARRABAYROUSE, EUGENIO C.: “Informe sobre los delitos contra la salud pública y la responsabilidad penal por el producto”, en AA.VV: “Informe CRIMINT-UNC 2012. Reforma del Código penal argentino”, Jujuy 2013, pág 124 a 125.
- 7 Vid. TIEDEMANN, KLAUS: “Lesiones corporales y responsabilidad penal por el producto. Comentarios al ‘caso Degussa’ ”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada 3. a época. N° 3. 2000, pág 51 a 81.
- 8 *Ibidem*.
- 9 CONTRERAS, LAUTARO: *Ob cit*, pág 277.
- 10 Tribunal Supremo Español, sentencia de fecha 23 de marzo de 1992 (caso del “aceite de colza”).
- 11 Cfr. PAREDES, JOSÉ MANUEL y RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA: “El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos”, Ed. Tirant lo Blanch, España 1995, pág 133 a 191. PAREDES CASTAÑON, JOSE MANUEL: “De nuevo sobre el «caso de la colza»: una réplica”, Revista de Derecho penal y criminología, 2° Época, N° 5, 2000, pág 87 a 126.
- 12 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del spray para el cuero y de la colza”, publicado en Revista ICADE, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales N° 42, 1997, pág 63 a 86.
- 13 Vid. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol L, Madrid 1997, pág 5 a 112.
- 14 BGHSt 37, 106 de fecha 6 de julio de 1990.
- 15 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “Aspectos de la responsabilidad...” *cit*.
- 16 KUHLEN, LOTHAR: “Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto”, Revista Anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol. LV, 2002, Traducción del original alemán realizada por María Martín Lorenzo e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno pág. 82.
- 17 Citado por ROXIN, CLAUS: “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales Formas de Aparición del Delito”, Ed. Thomson Reuters- Civitas, Bs. As., 2014, pág 922.
- 18 *Ibidem*, pág. 922.
- 19 *Ibidem*, pág. 924.
- 20 Vid. SCHÜNEMANN, BERND: “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania” (trad. Silvina Bacigalupo), en AA.VV.: “Omisión e imputación objetiva en Derecho penal”, Jornadas Hispano - Alemanas de Derecho Penal en homenaje al profesor Claus Roxin, Universidad Complutense, Centro de estudios judiciales, Madrid, 1994, pág 11 a 24.
- 21 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: “Estudios sobre los delitos de omisión”, Ed. Grijley, Lima, 2004, pág 289 a 291.
- 22 FRISCH, WOLFGANG: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa - Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en: MIR PUIG,

SANTIAGO - LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto”, Ed. Bosch, Barcelona 1996, pág 113.