



UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO

FACULTAD DE DERECHO

“RELACIÓN CAUSAL E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA
RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL DEL PRODUCTO DEFECTUOSO”

Tesista: Gonzalo Nicolás Ormeño Tobar

Profesor guía: María Elena Santibáñez Torres

Santiago de Chile

Año 2013

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	1
2.	CAPÍTULO I: Causalidad e Imputación Objetiva; Estado de la Cuestión	3
2.1.	Teoría de la Equivalencia de las Condiciones	4
2.2.	Teoría de la Causa Adecuada	6
2.3.	Teoría de la Causa Necesaria	8
2.4.	Teoría de la Relevancia Típica	8
2.5.	Teoría de la Imputación Objetiva	9
2.5.1	Imputación Objetiva versus Omisión	10
2.5.2	Imputación Objetiva versus Acción	11
2.5.3	Causalidad e Imputación Objetiva en concomitancia a los Delitos de Peligro	13
3.	CAPÍTULO II: Responsabilidad Penal por el Producto Defectuoso	19
3.1	Consideraciones previas	20
3.2	Responsabilidad Civil por el Producto Defectuoso	22
3.3	Responsabilidad Penal por el Producto Defectuoso	25
4.	Capítulo III: Análisis Jurisprudencial	35
4.1	Análisis Jurisprudencial del caso “Aceite de Colza”	35
4.2	Análisis Jurisprudencial del caso “NUTRICOMP A.D.N”	41
4.2.1	Respecto de los alegatos del Ministerio Público	42
4.2.2	Respecto de los alegatos de los Defensores	43
4.2.3	Respecto del razonar del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo	45
5.	CONCLUSIONES	48
6.	BIBLIOGRAFÍA	49

1. INTRODUCCIÓN

Desde que los Estados o comunidades pasaron a desarrollar una economía basada en la industria – y no en la agricultura- se comienza a vivir en un nuevo período de la humanidad, no sólo por la aparición de la producción en serie, si no que por los cambios políticos, sociales, culturales y etnológicos a los que una sociedad debe enfrentarse por dicha transformación. Debe ser quizás la Industrialización como fenómeno histórico el momento que nos interesa, puesto que en él se comenzó a emplear por ejemplo la maquina a vapor con el fin de facilitar los antiguos procesos de manufactura. Es así como gracias a muchos otros cambios las sociedades comenzaron a producir una serie de bienes de consumo para el uso cotidiano en grandes cantidades y en un menor tiempo.

El panorama actual no ha cambiado mucho – dejando de lado todos los avances tecnológicos en materia de producción-, ya que gracias a la existencia de un sinfín de empresas hoy podemos ir al supermercado y adquirir leche embotellada o comprar un auto en una automotora. Por supuesto que lo anterior son ejemplos sencillos de lo que podemos adquirir en un mundo capitalizado como el nuestro.

Lo anterior está profundamente ligado al desarrollo mismo de la sociedad que trae consigo innumerables peligros que debemos tolerar, puesto que de otra forma no podríamos satisfacer nuestras necesidades de la manera eficiente en la que lo hacemos, pero si pensamos que día a día se producen millones de productos no por el hecho de que sean necesarios debemos tolerar que estos puedan salir al mercado con fallas, ya que está demás señalar la problemática que esto trae aparejada. Imaginemos el siguiente caso: una empresa se dedica a producir champú para el lavado y cuidado del pelo. Tras el gran éxito de sus ventas comienzan a sacar nuevos productos al mercado con la promesa de lograr un cabello radiante. Luego cierto tiempo, comienzan a recibir reclamos, ya que por el uso prologando del producto los consumidores están experimentando una fuerte caída del pelo. Es así como la empresa negligentemente da cuenta de que nunca testeó sus productos. Quizás el ejemplo parece un poco burdo, pero ¿Qué ocurre cuando un alimento no es producido de la manera correcta? O ¿Cuando las llantas de un automóvil no tienen la fricción necesaria para circular por las calles de una gran capital?

La respuesta a las interrogantes anteriores son actualmente de fácil respuesta para el Derecho. El actuar de una empresa – no es su sentido de persona jurídica, sino más bien en el de sus miembros- en aquellos casos en que por fallas o defectos en el producto se generan graves consecuencias en la población que deben ser reparadas. Con el concepto anterior pensamos inmediatamente que el Derecho Civil es la rama que debe actuar frente aquellos casos en que se ha generado un daño por consumir un bien defectuoso, pero ¿En materia penal es posible atribuir responsabilidad? Adelantamos la respuesta a la interrogante anterior: Si.

Es conocido el carácter fragmentario y de última ratio del Derecho Penal, pues dispone de Derechos Fundamentales consagrados en nuestra carta magna, pero ¿Qué ocurre cuando no basta con una indemnización en sede civil por el actuar doloso o negligente de un empresario o alguno de sus colaboradores directos que toman las decisiones importantes en materia de producción? Para nosotros deben ser sancionados previa prueba de la relación de causalidad existente entre el producto y el daño, además de otros criterios. Es aquí donde las teorías de la causalidad comienzan a ser realmente importantes, especialmente la desarrollada por Roxin: La Imputación Objetiva. Quizás sea una de las teorías más discutidas actualmente pues a groso modo y bajo la aplicación de ciertos criterios para su viabilidad se intenta imputar un resultado prescindiendo el nexo causal.

Para nosotros es altamente cuestionable, pues resulta extremadamente riguroso pensar que en aquellos casos en que el daño se traduce en lesiones físicas o hasta la misma muerte de los consumidores, se le impute un delito de tales características a un individuo que no produjo ese resultado, pero que si participo en el proceso productivo del producto. Pero cuando la causalidad probada no cabe duda la imputación a título de dolo o culpa a quien produjo un resultado con su actuar.

Nos proponemos a desarrollar las teorías más importantes en materia de causalidad, haciendo especial énfasis en la viabilidad de Imputación Objetiva respecto de la responsabilidad jurídico- penal por el producto defectuoso e intentaremos dar respuesta a todas las interrogantes planteadas al inicio de este trabajo.

2. Capítulo I: Causalidad e Imputación Objetiva; Estado de la Cuestión

Toda acción por cuestiones de consecuencia, plasmará un efecto sobre la realidad que dependiendo del ámbito en que se esté desarrollando producirá diversas secuelas.

Dichas acciones pueden desenvolverse en la esfera humana o en la relativa a la naturaleza, ambas estarán diferenciadas principalmente por la existencia de una voluntad que propenderá a conseguir ciertos objetivos en la mayoría de los casos o en cambio a seguir un curso natural sólo por la razón de que así debe ocurrir. Son las acciones humanas las que para efectos de este estudio jurídico tienen relevancia. Respecto a este contexto es en que el derecho penal ha tratado de esclarecer una de las problemáticas más difíciles de resolver: La de la causalidad.

Así para Welzel “(...) *toda acción es un poner en servicio la causalidad; por consiguiente, ella es un momento integrante de toda acción y en la mayoría de los tipos penales no presenta problemas en lo absoluto.*”¹ Respecto de esta definición y a criterio del mismo Welzel las características propias de la Causalidad son:

- a) Corresponde a una categoría del ser, es decir al mundo de los fenómenos que le es propio a la naturaleza. Ante esta característica Roxin reflexiona que aún existen problemas, puesto que la naturaleza de la causalidad podría ser de igual forma la de “*ser una mera forma de pensar para nuestro intelecto.*”²
- b) Pertenece al proceso vinculatorio de la cadena de los acontecimientos.
- c) No es perceptible, puesto que sólo será apreciado a nuestros sentidos la acción y el resultado.
- d) Para su entendimiento es necesario aplicar un juicio cognoscitivo desde el accionar hasta el resultado.
- e) Será real en el sentido de su existencia cada vez que el mismo acontecer tiene dicha característica.

¹ WELZEL, HANS, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 11ª Edición, Santiago, Chile, 2011, p.79.

² ROXIN CLAUS, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Editorial Civitas, 2ª Edición, España, 1997, p. 347.

Respecto de la causalidad es importante señalar de la misma manera que el Profesor Piña Rocheford, que ésta puede ser aceptada “(...) como medio de atribuir ese resultado -resultado integrado al tipo objetivo- a la conducta del agente.”³Dicha conducta puede ser originada tanto por una acción, como por una omisión. Así serán especialmente relevantes en materia de causalidad aquellos resultados atribuidos a una omisión, puesto que a pesar de que el sujeto activo no haya producido un resultado a través de sus actos, se le imputará un delito a partir de su posición de garante -tema que será tratado cuando analicemos la Imputación Objetiva versus la omisión-. De esta manera, aquella madre que omite su actuar cuando su pequeño hijo manipula un arma de fuego, cargada con municiones y sin seguro, será responsable de las lesiones del pequeño o de su eventual muerte, aún cuando no haya participado activamente para producir dicho desenlace. Es necesario señalar que la causalidad y la producción de un resultado podrán ser dependientes entre sí, o simplemente independiente en materia de resultado, ya que como en el ejemplo anterior una consecuencia podrá ser imputada a un individuo, aún cuando éste no haya participado activamente en los actos generadores de ella.

Entendiendo a la acción como todo movimiento corporal dirigido a un fin, en el que el resultado consistirá en la modificación del mundo exterior, es preciso cavilar sobre las diversas teorías existentes que tratan de encontrar aquello que se encuentra entre aquel movimiento corporal y la modificación empírica del mundo.

Inicialmente se intentó buscar la relación entre la causa y el resultado en las leyes de la naturaleza, no obstante lo que prevalece hoy en día son aquellas teorías de carácter normativo.

2.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones (*Conditio sine qua non*)

Serán causa de resultado para todas aquellas que suprimidas hipotéticamente hacen desaparecer el resultado. En palabras del mismo Welzel: “*Utiliza (la teoría) la idea de que todo efecto tiene una multiplicidad de condiciones causales y que cada una de estas condiciones, en la*

³ PIÑA, JUAN IGNACIO, “*Causalidad e Imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho Penal*” en Revista Chilena de Derecho, volumen 30, N° 39 (2003), pp.515-533.

relación de causalidad, es igualmente necesaria para el resultado y que, en este sentido, todas las condiciones tienen el “mismo valor” como causa.”⁴

En un principio la teoría fue requerida para vincular ciertas conductas a su creador, Reyes Alvarado señala que “(...) la teoría de la equivalencia de las condiciones fue empleada como mecanismo para individualizar aquellas conductas que deberían ser consideradas para el derecho penal como obra del autor (...)”⁵

Es importante recalcar que la teoría de la equivalencia de las condiciones no es lo mismo que la *condictio sine qua non*, puesto que la primera constituye la teoría anteriormente señalada y citada, y la segunda corresponde a la fórmula correctiva de la primera y es utilizada para esclarecer las condiciones de una causa, pero no para determinar cual de éstas es la que fundadora de origen y debe ser relevante para el derecho, por tanto si analizamos la muerte de Jack Dawson aplicando la *condictio sine qua non*, entenderemos que su muerte fue producto de hipotermia causada por las frías aguas del océano atlántico, pero dicha fórmula sólo nos otorga el factor causal del deceso del personaje, pues cuando se establezca que el Titanic chocó contra un iceberg y esto fue el origen de su posterior hundimiento llevándose consigo las vidas de sus pasajeros, se entenderá que la muerte de Jack fue producto de la colisión anteriormente señalada porque sin ella el sujeto y los demás pasajeros seguirían con vida. Es así como la *condictio sine qua non* es un “(...) mecanismo para poder atribuir a un factor la categoría de causa (...)”⁶

Utilizaremos el siguiente ejemplo a modo ilustrativo para comprender la teoría en su cabalidad:

Edward en su calidad de experto jardinero es contratado para realizar la mantención y cuidado del jardín de la familia de Bill y Peg. Cierta día Edward olvida guardar sus herramientas de trabajo y estas son maltratadas por la lluvia de la noche provocando en gran parte de ellas la oxidación del metal. El jardinero al otro día y sin percatarse de lo ocurrido comienza sus labores, Kim que es la hija de la familia para la que trabaja Edward decide asustarlo mientras este trabaja lo que provoca que el jardinero

⁴ WELZEL, HANS, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 11ª Edición, Santiago, Chile, 2011, p.79.

⁵ REYES, ALVARADO, YESID, *Imputación Objetiva*, Editorial Temis, 1ª Edición, Bogotá, Colombia 1994, p. 11.

⁶ ÍDEM., p. 10.

lesione con sus tijeras oxidadas a la joven provocando además de las heridas la enfermedad de Tétanos.

Por tanto serán causa de resultado toda condición sin la cual no se habría producido el resultado, de esta manera el que el jardinero no atendiera al resguardo de sus herramientas de trabajo y que estas se oxidaran, además de la idea de la joven de asustar al trabajador serían causa de las lesiones menos graves acompañadas de la enfermedad.

Esta teoría no ha estado ajena de críticas puesto que según Roxin *“Hoy ya no se defiende ninguna de estas teorías, porque sus distinciones se han mostrado casi impracticables en el plano lógico y sobrecargan la verificación de la causalidad como un cúmulo de pre-decisiones jurídicas que las convierten en inidóneas para deslindar un marco máximo de responsabilidad, que es el único con el que deben enlazar las categorías valorativas jurídicas.”*⁷ Es por ello que esta teoría es considerada irreal puesto que se puede llegar a la falsa conclusión de indagar en las innumerables causas anteriores al resultado, como lo señala el profesor Enrique Cury⁸ a raíz del ejemplo irónico de Binding respecto de que será responsable del adulterio el carpintero que fabricó la cama.

Para los posteriores análisis de este trabajo, es interesante mencionar aquella crítica específica que el profesor Claus Roxin realiza a la teoría en cuestión, ya que, aborda someramente la problemática de la causalidad respecto de la responsabilidad jurídico-penal por el producto defectuoso. Así *“(…) en realidad no aporta (la teoría de la equivalencia de las condiciones) nada en la averiguación de la causalidad. Si por ejemplo se quiere saber si la ingestión del somnífero “contergan” durante el embarazo ha causado la malformación de los niños nacidos subsiguientemente, sirve de nada suprimir mentalmente el consumo del somnífero y preguntar si en tal caso habría desaparecido el resultado; pues a esa pregunta sólo se puede responder si se sabe si el somnífero es causal o no de las malformaciones, pero si eso se sabe la pregunta está de más. En una palabra: la fórmula de la supresión mental presupone ya lo que debe averiguarse mediante la misma.”*⁹

⁷ ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Editorial Civitas, 2ª Edición, España, 1997, p. 348.

⁸ CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial UC, 9ª Edición, Santiago, Chile, 2009, p. 295.

⁹ ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Editorial Civitas, 2ª Edición, España, 1997, p. 350.

En relación a la responsabilidad jurídico-penal sobre el producto defectuoso y en específico al caso Contergan y sus similares serán abordados con más profundidad en el siguiente capítulo de esta tesis.

Tras las críticas anteriormente individualizadas Welzel¹⁰ y Jakobs¹¹ hacen referencia a la corrección de la teoría por parte de Spendel quien señala que en la supresión mental de la fórmula no cabría añadir nuevas condiciones.

2.2 Teoría de la causa adecuada

Esta teoría presenta similitudes con la teoría de la equivalencia de la condiciones, puesto que parte de la base que todas las condiciones son equivalentes, pero la diferencia se encuentra en que aquella causa de resultado conforme a la experiencia del hombre medio, definirá la causa de resultado. Siguiendo esta idea: *“Causa es sólo aquella condición que aparece como generalmente adecuada a la producción del efecto. Por ende, la acción es causa de resultado cuando, conforme a la experiencia general, aparece como una condición adecuada a su producción.”*¹²

De esta manera en el ejemplo del jardinero no será causa del resultado final (Tétanos) que Edward no haya tomado las precauciones necesarias para que sus instrumentos de trabajo no se oxidaran gracias a la lluvia, ya que según la experiencia del hombre medio este simple descuido no provoca enfermedades en las personas.

No obstante a lo expuesto esta teoría no está exenta de errores, puesto que según el planteamiento de Cury, será difícil determinar de todas las causas aquella que según la experiencia del hombre medio provocó el resultado, repercutiendo así en *“...una fórmula vaga, inaplicable a la situación específica...”*¹³ pudiendo concluir erróneamente que todas las causas se consideran adecuadas.

¹⁰ WELZEL, HANS, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 11ª Edición, Santiago, Chile, 2011, p. 81.

¹¹ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Editorial Jurídica S.A, 2ª Edición, Madrid, España, 1985, p. 226.

¹² CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial UC, 9ª Edición, Santiago, Chile, 2009, p. 296.

¹³ ÍDEM.

2.3 Teoría de la causa necesaria

La hipótesis central de esta teoría se basa en el planteamiento base: “...*sólo será causa del resultado aquella condición de la cual es consecuencia necesaria.*”¹⁴ Entendiendo causa como aquella que persigue un resultado como su finalidad, además de ser necesario puesto que es el móvil de la acción

Ahora bien realizaremos algunas modificaciones al ejemplo del jardinero para que la teoría en estudio sea comprendida de mejor forma: Edward al momento en que Kim lo asusta, este con sus tijeras descontroladamente la hiere de gravedad directamente en su yugular provocando una pérdida considerable de sangre que tras minutos de inasistencia médica culmina en la muerte de la joven. En este caso no habrá nada absolutamente necesario para producir la muerte de Kim.

2.4 Teoría de la relevancia típica

Don Enrique Cury centra la solución a esta nebulosa, señalando que la discusión filosófica en torno a los conceptos de acción y resultado no debe ser objeto de estudio para los abogados, puesto que no se encuentran dentro de su competencia. Es preciso atender a que la acción y el resultado sean típicos y relevantes para que la vinculación de la causalidad tenga importancia.

Para Alfredo Etcheberry esta teoría está compuesta por dos factores¹⁵ que deberán ser considerados al momento de establecer la causalidad:

- i. La naturaleza causal.
- ii. La relevancia jurídica.

Por tanto para determinar si un hecho es causa de resultado habrá que atender a los factores anteriores por esta vía si la acción realizada no satisface la acción típica requerida por el derecho, se resolverá por la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Aplicando el ejemplo utilizado y los factores establecidos al caso podremos señalar que para los efectos de la atribución del resultado provocado a Kim -las lesiones

¹⁴IBÍDEM, p. 297.

¹⁵ ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago, Chile, 1998, p. 192.

y la posterior enfermedad de Tétanos- es preciso de manera absoluta que la acción cometida por Edward se encuentre tipificada en el código del ramo.

2.5 Teoría de la imputación objetiva

Podría ser definida como aquella teoría que busca la imputación de un resultado según el accionar del agente, basándose en principios de carácter normativo, prescindiendo de alguna manera del vínculo causal. Alfredo Etcheberry señala que la imputación objetiva “(..)trata en verdad de señalar criterios jurídico-valorativos para juzgar acerca de las condiciones necesarias para imputar un determinado resultado a una persona, dejando de lado la mera causalidad “natural” como único vínculo objetivo entre un apersona y un resultado típico acaecido.”¹⁶

Para Jakobs¹⁷, esta teoría encuentra sus fundamentos teóricos en tres formulaciones a saber:

- a) Respecto del rol que desarrollan los individuos en la Sociedad – Teoría de los Roles- postula que en tanto individuos estamos dotados por diversos roles que desempeñamos en sociedad y actuaremos conforme a la competencia que ellos nos entrega, por ende todo aquello que realicemos fuera de nuestras facultades y que recaiga en un acto ilícito podrá ser imputable objetivamente. Así el rol de un médico será ayudar a sanar a las personas, el del presidente de la república será administrar y representar al país interna y exteriormente y el de una madre será atender a los cuidados de su hijo y brindarle educación.
- b) De lo anterior podemos señalar que la competencia del rol fijará los parámetros en que el individuo podrá desempeñarse, así mismo se imputará en lo relativo a la participación criminal, puesto que terceros serán imputados en virtud de su propio rol.

¹⁶ ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago, Chile, 1998, p. 197.

¹⁷ JAKOBS, GÜNTHER, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 25.

- c) Por último la Teoría de los roles será aplicable tanto a delitos imputables a título de dolo como a los cometidos por culpa, puesto que lo relevante es el actuar del individuo en cuanto a su rol.

Un ejemplo claro de la teoría anterior es hablar del rol que cumple un carabinero dentro de nuestra sociedad. Respecto de este supuesto el individuo se encuentra delimitado en su actuar frente a la sociedad por un rol que se enmarca en un contexto laboral, por tanto su actuar cobrará relevancia cuando se le exija desenvolverse dentro de su rol de funcionario de carabineros eximiéndolo de responsabilidad por un curso causal lesivo por la carencia de deber de evitación. De esta manera aquel carabinero que se encuentra en servicio cerca de las inmediaciones del Palacio de la Moneda y que observa como un sujeto se dispone a colocar lo que a simple vista parece ser un objeto explosivo y no realiza las diligencias necesarias para evitar un desenlace dañoso, podrá ser imputado, pues no actuó conforme al rol que deben desempeñar los integrantes de las fuerzas de orden público en Chile.

2.6 Imputación Objetiva versus Omisión

El estudio se ha desarrollado centrando el interés en una acción, pero cabe la interrogante referente a la omisión que acarrea un resultado. Es conocido que los delitos pueden cometerse tanto por una acción o por una omisión –conclusión avalada normativamente en conformidad al artículo 1° en concordancia con el artículo 492° del Código Penal, y naturalmente frente a las leyes de la naturaleza.- Dispone el artículo 1° del código mencionado: *“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”*

Como omisión podemos entender el no hacer frente aquello que nos encontramos obligados a realizar, en virtud del ordenamiento jurídico. Por consiguiente para referirnos a la omisión es menester invocar una posición de garante. Y para la correcta aplicación de esta última figura jurídica mencionaremos cuáles son sus fuentes:

- i. La Ley.
- ii. El contrato.
- iii. La injerencia entendida como el hacer precedente.
- iv. La comunidad de estrecha relación humana.

Para lograr enlazar la causalidad con la omisión es necesario precisar que aquel que se encuentra en posición de garante no deberá responder de aquellos resultados fuera de su actual posición, por el contrario se le atribuirá responsabilidad frente aquel curso causal que provocó un daño estando el sujeto en posición de garante.

2.7 Imputación Objetiva versus Acción

Jakobs¹⁸ otorga una serie de principios correctivos para entender de mejor manera la teoría de la imputación objetiva:

- a) Creación de un riesgo permitido: En las sociedades actuales se trata de evitar la mayor cantidad de riesgos, pero no es correcto afirmar que todos los riesgos existentes están regulados normativamente, puesto que si así fuera las sociedades serían estáticas impidiendo el avance de múltiples disciplinas. De lo anterior desprendemos que existen riesgos -considerados necesarios- que el ordenamiento jurídico permite. Jesús María Silva Sánchez se refiere a lo anterior como una “Sociedad de riesgos.”¹⁹

De lo anterior es necesario precisar que sólo será imputable aquel riesgo que no se encuentre jurídicamente permitido. Así, si Curly pretende provocar la muerte de Moe -que es un sujeto sin ningún tipo de enfermedad- mediante el suministro de agua con azúcar, no será imputable, ya que además de buscarse el resultado por un medio inidóneo para el caso, el actuar no se considera un riesgo prohibido por la sociedad.

Para el Profesor Mario Garrido Montt en relación a la creación de un riesgo jurídicamente permitido es menester analizar una doble posibilidad frente al criterio²⁰:

- i. Esta posibilidad tiene que ver con lo que se considera atribuible. Y bajo esta visión recaerán aquellos resultados desaprobados por el ordenamiento jurídico al agente creador del peligro.

¹⁸ JAKOBS, GÜNTHER, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1997, pp. 26-38.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, 2ª edición, España, 2002, pp.26-27.

²⁰ GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª Edición, Santiago, Chile, 2007, p.90.

ii. La segunda posibilidad establece que si el agente crea una conducta que aumenta el riesgo permitido, ella por si sola imputará el resultado que se genere.

b) Principio de confianza: Los individuos pertenecientes a esta “Sociedad de riesgos” deberán confiar en que sus pares se comportarán conforme a derecho, o utilizando la teoría de los roles por la cual cada uno actuará dentro el marco de su competencia.

Una definición acorde para este principio sería señalar aquel agente que obra conforme a derecho confía en que los demás integrantes de la sociedad de igual manera obrarán.

El antónimo de la confianza es la desconfianza, es en esta en la que éste principio puede desencadenar, si los hechos que forman parte de la confianza de una sociedad trasgreden de forma reiterada la norma haciéndose imputables.

c) Prohibición de regreso: Como explicamos anteriormente al tratar la Teoría de los Roles, cada vez que un individuo realiza las funciones que le conciernen a su rol no existe posibilidad de imputarle un resultado lesivo, puesto que se estaba desarrollando dentro de su competencia, pero si a esta misma situación le agregamos la participación de terceros que no actúan conforme a un rol lícito aquel que si se mantiene dentro de la competencia otorgada por su rol, no deberá responder por los resultados producidos por los terceros aún cuando los haya podido evitar, ya que tal evitación no forma parte de sus facultades.

Por ejemplo: Un trabajador desempeña labores en una cerrajería copiando llaves y un día llega un cliente y le solicita la copia de una llave. El trabajador en su calidad de experto copiadador de llaves desempeña la labor solicitada en el instante en que el cliente recibe una llamada telefónica en la que el trabajador escucha que tal copia de la llave tiene como finalidad ingresar a un inmueble para sustraer ciertas especies muebles.

El trabajador cumplió su función conforme a su rol de experto coprador de llaves, pero todo aquello que escucho mientras trabaja no forma parte de su ámbito de competencia, por lo que no se le puede imputar el resultado lesivo de cierto actuar, es más, el trabajador ha ejecutado su actuar perfectamente y en ningún momento ha tenido el deber de evitar lo que posiblemente ocurriría.

d) Competencia de la víctima: En algunos casos no sólo será atribuible un resultado dañoso al sujeto activo de un delito, sino también podrá imputársele a la víctima por tener competencia en el resultado. En palabras más claras, corresponde al consentimiento de la víctima cuando es prestado para la producción de un curso lesivo. Jakobs²¹ distingue dos situaciones en que el sujeto pasivo estará dotado de competencia:

- i. Por actos realizados por la propia persona del sujeto pasivo.
- ii. Por infortunio u obra del destino.

2.8 Causalidad e Imputación Objetiva en concomitancia a los Delitos de Peligro

Según el juez Español Salvador Salas Almirall²² tanto la doctrina española como la extranjera al momento de tomar en consideración este tipo de clasificación de los delitos toma como base la definición existente de delitos de lesión, puesto que de alguna manera se relacionan en torno a la lesión del bien jurídico protegido. Así bastará que en los delitos de peligro se tome en atención la sola puesta en peligro del bien jurídico para que exista protección del mismo, y en los delitos de lesión como su mismo nombre lo indica es necesaria una lesión efectiva del bien jurídico para que exista responsabilidad.

La clasificación de delito en estudio acepta una subdistinción:

²¹ JAKOBS, GÜNTHER, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1997, p.34.

²² SALAS ALMIRALL, SALVADOR, “Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro”, en Díaz Valcárcel, Luis María (director), Cuadernos de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1994, N° XXVI, p.9.

- Delito de peligro en concreto: Se trata de aquellos casos en que el peligro corresponde a un elemento del tipo penal separado de la conducta del agente, por ende resulta imprescindible la existencia de prueba del peligro en concreto. Se trata de un peligro objetivo perfeccionándose en palabras de Gustavo Labatut: “(...) *no por un efectivo detrimento del bien jurídico, sino por el riesgo o posibilidad de que eso ocurra.*”²³

La problemática surge al momento de las exigencias del tipo, ya que suele ser confuso determinar si el tipo penal requiere para su consumación una lesión verdadera al bien jurídico como consecuencia *ex post*, o una inminencia de peligro como consecuencia *ex ante*.

Ejemplo de este tipo de delitos en nuestro Código Penal es el denominado envío de cartas explosivas del artículo 403 bis: “*El que enviare cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que afecten o puedan afectar la vida o integridad corporal de las personas, será penado con presidio mayor en su grado mínimo.*” Para que el caso del artículo citado pueda ser imputado a un individuo, es requisito del tipo penal en su segunda hipótesis -siendo la primera de aquéllas una lesión efectiva de la vida o integridad física- desprendida que se ponga en peligro el bien jurídico vida o integridad física.

- Delito de peligro en abstracto: Corresponden a todos aquellos delitos en que no existe una mención expresa en el tipo penal a la puesta en peligro de un bien jurídico. El artículo 374 bis inciso segundo del Código Penal establece: “*El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su porte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.*” La norma mencionada no exige la lesión de ningún bien jurídico por parte del poseedor del material pornográfico, no obstante lo que el legislador está sancionando es parte de la cadena que inicia con la producción del material y culmina con el consumidor que tiene la conciencia de estar consumiendo producciones ilícita. Así se configura una de las críticas más

²³ LABATUT, GUSTAVO, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª Edición, Santiago, Chile, 1968, p.228.

potentes a este tipo penal, puesto que la sanción es vista como parte de la mera inmoralidad del sujeto activo.

Ahora bien, el problema surge al momento de determinar qué es lo que se entiende por peligro, o peor aún, determinar la responsabilidad penal en aquellos casos en que la conducta no ha sido peligrosa, pero sí se traduce en un peligro o, en el caso en que la conducta sí ha sido peligrosa, pero no se ha traducido en un peligro no generando imputabilidad entre el actuar y la puesta en peligro.

De esta manera las situaciones del delito de peligro según Salas Almirall son las siguientes: “(...) *una situación de peligro no precedida de conducta peligrosa, una conducta peligrosa que no dé lugar a una situación de peligro, una conducta peligrosa que sí dé lugar a dicha situación, y una conducta peligrosa no relacionada con la situación de peligro producida.*”²⁴

Se podría llegar a la conclusión en virtud de la clasificación de delitos de peligro en concreto gracias a su exigencia respecto al tipo penal que debe consagrar en su redacción la producción de la puesta en peligro, pero como señalábamos anteriormente el concepto de peligro y la misma exigencia acarrearán dificultades. Si la producción de la lesión es requisito esencial para este tipo de delitos podríamos pensar que la *ratio legis* en ellos es la provocación de un resultado específico, puesto que al cumplirse la exigencia del tipo penal se estaría configurando el delito mismo, por tanto un resultado. Es así como establecemos conexión entre delitos de peligro en concreto y delito material; nueva categoría de delitos para este trabajo que se contraponen al delito de mera actividad y que supone por necesidades expresas de la tipificación del tipo penal la producción de un resultado material distinto al de la acción u omisión. Este es el caso del artículo 47^a inciso primero del código penal que consagra el delito de incendio: “*El que incendiare edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte de una o más personas cuya presencia allí pudo prever, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.*”

¿Causalidad, Imputación Objetiva y Delitos de Peligro en Concreto? La relación la encontramos en el resultado mismo de la acción debido a que frente a este será

²⁴ SALAS ALMIRALL, SALVADOR, “*Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro*”, en Díaz Valcárcel, Luis María (director), Cuadernos de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1994, N° XXVI, p.9.

necesario establecer criterios para determinar la causalidad, puesto que es requisito esencial del tipo penal y para el caso la imputación objetiva nos entregará la vía por la cual establecemos el vínculo causal.

En el eventual caso de la existencia de los casos anteriormente expresados, o la concurrencia de dos acciones que puedan ser causa de resultado de un mismo hecho es preciso atender a los criterios otorgados por la Jurisprudencia. Tal es el caso de la denominada Causa Basal que en el caso que expondremos a continuación tuvo gran importancia al determinar frente a dos acciones – el exceso de velocidad y la infracción al no ceder la preferencia del paso- el resultado que en el caso sub lite fue la muerte de uno de los conductores que superaron el riesgo permitido respecto a su competencia frente al rol desempeñado en sociedad: “10.- *Que de los diferentes criterios elaborados para resolver cuándo una causa es “basal” así entendida, es decir, cuándo se realiza en el resultado, habilitando para imputárselo a su autor, en este caso es muy pertinente el de la “necesidad de la conducta para explicar razonablemente la forma en que se ha producido el resultado”, desarrollado en los últimos años por el jurista colombiano Reyes Alvarado (“Imputación Objetiva”, Temis, Bogotá, 1994, a todo lo largo de la obra y, en especial, páginas 278 y siguientes). En efecto, el accidente que nos ocupa y la muerte consiguiente del joven Campos Chavarría, puede explicarse perfectamente aún si se prescinde del exceso de velocidad a que se desplazaba pues, en efecto, aunque él hubiera guiado su vehículo a una velocidad permitida - por ejemplo, 45 kilómetros por hora - puede concluirse, “con una probabilidad rayana en la certeza”, que la colisión y su deceso habrían ocurrido de todas maneras, pues la inesperada obstrucción de la vía por la que circulaba, tanto más imprevisible cuanto que no respetaba el derecho preferente de paso que lo asistía, no le habría permitido tampoco controlar el proceso y evitar el desenlace fatal. Por el contrario, dicha evolución de los acontecimientos sería imposible de explicar si el encausado no hubiese virado en la forma en que lo hizo, inobservando el deber de cuidado que personalmente le incumbía, y cerrando así, en forma sorpresiva, la vía por la cual se desplazaba la víctima en su motocicleta. Así, puede concluirse que es sólo el riesgo no permitido creado por este último comportamiento el necesario para explicar lo ocurrido y, por eso, el que se ha realizado en el resultado fatal; no, en cambio, el generado por la conducta de la víctima. Por eso puede resolverse, como correctamente lo ha hecho la sentencia recurrida, que la “causa basal” del accidente fue la infracción cometida por el procesado y no aquellas en que eventualmente incurrió el occiso.” (Corte Suprema, Abril de 1988, rol N° 747-98)*

Es así como la causa basal toma real importancia al momento de establecer el vínculo causal entre dos o más acciones que pueden ser atribuidas al resultado. Pero en el caso anterior tratándose de un delito material la generación del peligro es palpable, puesto que si la obstrucción del paso preferencial es la causa del fallecimiento del individuo la generación posterior del peligro no es considerable, ya que no es relevante en el resultado mismo. Caso distinto sería buscar la creación del peligro *ex ante* – que para nuestro criterio debiese ser el correcto- porque de otra forma no tendría sentido hablar de delitos de peligro en concreto versus en abstracto.

Para la clasificación de delitos que nos interesa – delitos de peligro en concreto- en virtud de la imputación objetiva buscaremos la manera de establecer si el resultado se adecua a la creación de del riesgo tipificado o más aún, si lo incrementa. Así entendiendo la imputación objetiva como aquella teoría que busca imputar una causa a cierto resultado prescindiendo de los elementos subjetivos, entenderemos que frente a al cumplimiento del tipo penal de un delito de peligro en concreto, estableciendo que el peligro debe tener la característica de ser objetivo, real y verosímil, puesto que de lo contrario nos enfrentaríamos a hipótesis en que el peligro sea una mera situación alejada de toda relevancia jurídica o peor aún frente a cuestiones de atipicidad , por tanto será necesario probar la existencia del peligro o resultado – más aún tratándose de delitos de peligro en abstracto- , por ejemplo en el caso entregado anteriormente del delito de posesión de pornografía infantil y considerando para efectos de este estudio que se trata de un delito de peligro en concreto puede darse la siguiente situación: Ronnie quien llega a vivir a la casa de su madre luego de salir de prisión tiene ciertos conflictos en el barrio con sus vecinos, sobre todo con Larry quien presta especial atención a la conducta del recién llegado puesto que lo ve como una amenaza para los niños del lugar. Cierta día Larry decide entrar a la casa de Ronnie y su madre registrando el computador de este, encontrando videos pornográficos que a su juicio son de menores de edad, denunciando el hecho a las autoridades respectivas. Con todo Ronnie se defiende señalando que los videos son protagonizados por mayores de edad que tienen la apariencia de menores cuestión que es probada, por tanto no se configura el delito de posesión de material pornográfico infantil por ser un hecho atípico además de no existir ninguna puesta en peligro, menos aún una lesión material a un bien jurídico protegido.

Así toma absoluta relevancia la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado – que en el caso en cuestión no aconteció- o el aumento del mismo. La creación misma o el propio aumento serán los indicadores para establecer la causalidad respecto de una acción, así la sola puesta en peligro configura aquel elemento que nos permitirá imputar el resultado a un individuo.

3. Capítulo II: Responsabilidad Jurídico-Penal por el producto defectuoso

En el capítulo anterior analizamos principalmente las teorías que buscan dar solución al problema de la causalidad en materia penal y nos enfocamos especial y particularmente en la Teoría de la Imputación Objetiva de un resultado que a groso modo intenta dar salida a la problemática, a partir de ciertos principios postula la imputación de un resultado sólo por el hecho de producirlo, subsanando el principal conflicto respecto la causa, esencialmente por la vaguedad del concepto convirtiéndolo en una especie de válvula jurídica.

Ahora es tiempo de centrar nuestro estudio en la responsabilidad jurídica que surge a raíz de la elaboración de un producto defectuoso. Es importante recalcar que examinaremos las dos sedes de responsabilidad en que puede ser trabajado nuestro tema: la civil y la pena.

Para los efectos de nuestro análisis nos enfocaremos en la responsabilidad penal, adelantando desde ya la respuesta de la hipótesis planteada en nuestra tesis: Que aquellos que elaboren, produzcan, comercialicen y distribuyan a sabiendas o por simple negligencia, un producto defectuoso deberán ser sancionados bajo la existencia de responsabilidad penal, pero prescindiendo de la Teoría de la Imputación Objetiva.

Será imprescindible entender el deber de cuidado que deben tener ciertos agentes en nuestra sociedad, especialmente aquellos que por la actividad que realizan son necesarios para la población, así debemos preguntarnos ¿Basta con el deber de cuidado para resguardar la seguridad de la salud social como bien jurídico protegido, o es necesario establecer criterios más rigurosos por la nocividad del daño? Dudas como la anterior serán resueltas conforme avance nuestro trabajo y serán vitales para el mejor entendimiento del asunto por el cual se expone.

Antes de iniciar nuestro estudio sobre la responsabilidad jurídica que surge a raíz de un producto defectuoso es preciso aclarar ciertos conceptos que serán de suma importancia conforme nos adentremos en el asunto.

3.1 Conceptos Claves

Ahora bien, es de suma relevancia establecer ciertos conceptos que serán utilizados arduamente cuando se analice la responsabilidad jurídica por el producto defectuoso y que es conveniente por razones de estructura definir.

Entenderemos por:

a) Producto:

Según el Diccionario de la Real Academia Española se entenderá por producto aquella *“Cosa producida.”*²⁵

Respecto de la Ley española numero 22 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos del 7 de julio de 1994, modificada por el Real Decreto Legislativo número 287 español que aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias del 16 de noviembre de 2007, establece en su artículo 6º que se entenderá por producto *“...es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil.”*²⁶

Además el mismo decreto realiza una distinción conceptual de producto, puesto que en su artículo 137º nos brinda lo que se debe entender como una definición legal de producto señalando que *“A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad.”*²⁷

²⁵ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (22.ª edición). Visto en <http://lema.rae.es/drae/?val=producto> [Consulta: 26 de mayo 2013]

²⁶ Real Decreto Legislativo español número 287, *que aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Boletín del Estado Español – número 1/2007 del 16 de noviembre, España, 2007.

²⁷ ÍDEM.

b) Defecto:

El Diccionario de la Real Academia Española define tal concepto como la “Carencia de alguna cualidad propia de algo.”, o como “Imperfección en algo o en alguien.”²⁸

c) Producto defectuoso:

Es el mismo Decreto Real anterior el encargado de otorgar dicha concepción señalando en su artículo 137º que se entenderá como:

“1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.

2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.

3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada.”²⁹

d) Producto alimenticio y producto alimenticio destinado a usos médicos especiales.

Para el posterior estudio de jurisprudencia nacional e internacional será necesario hacer mención a las siguientes definiciones:

- i. La comisión de las comunidades Europeas se encargó de explicar que es lo que se entiende por producto alimenticio, así se concibe “...cualquier sustancia o producto destinados a ser ingeridos por los seres humanos o con probabilidad razonable de serlo, tanto si han sido transformados entera o parcialmente como si no.”³⁰

²⁸ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (22.ª edición). Visto en <http://lema.rae.es/drae/?val=defecto> [Consulta: 26 de mayo 2013]

²⁹ Real Decreto Legislativo español número 287, *que aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Boletín del Estado Español – número 1/2007 del 16 de noviembre, España, 2007.

³⁰ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo número 178, *que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria*, Diario oficial de las Comunidades Europeas –L 31/1 del 28 de enero, Bruselas, Bélgica, 2002.

La misma comisión expresa lo que se debe comprender por producto alimenticio destinado a usos médicos especiales, estos son “(...)los alimentos destinados a una alimentación especial que han sido elaborados o formulados especialmente para el tratamiento dietético de pacientes bajo supervisión médica. Estos alimentos están destinados a satisfacer total o parcialmente las necesidades alimenticias de los pacientes cuya capacidad para ingerir, digerir, absorber, metabolizar o excretar alimentos normales o determinados nutrientes de los mismos o metabolitos sea limitada, o deficiente, o esté alterada, o bien que necesiten otros nutrientes determinados clínicamente, cuyo tratamiento dietético no pueda efectuarse únicamente modificando la dieta normal, con otros alimentos destinados a una alimentación especial, o mediante ambas cosas.”⁸¹

3.2 Responsabilidad Civil por el producto defectuoso

Ya establecidos los conceptos claves de nuestra investigación, nos atañe referirnos a la responsabilidad civil derivada de un producto defectuoso siguiendo las reglas generales en materia de responsabilidad a falta de una regulación especial. De esta manera y siguiendo a Enrique Barros Bourie³² se generarán grandes conflictos, puesto que quien ha resultado víctima de un perjuicio deberá acreditar aquel daño con el fin de ser reparado. A juicio del mismo la problemática radica en los siguientes puntos:

- a) Es de extrema complejidad acreditar la acción u omisión que originó el daño.
- b) Existencia de “...calificación de la conducta negligente, aún en los casos que se lograse demostrar la causa precisa del accidente.”³³, puesto que se genera un reproche de aquella conducta efectivamente realizada en contraposición de aquella que debió ser.
- c) Se plantea una dualidad de responsabilidad relativa al juicio de culpabilidad, ya que eventualmente podría existir responsabilidad tanto por el hecho propio del dependiente, como por culpa del empresario.

A lo anterior podemos agregar que pese a las modificaciones que ha sufrido la ley 19.496 de Protección de los Derechos del Consumidor gran avance no existe en la

³¹ Directiva de la Comisión número 1999/21/CE, sobre alimentos destinados a usos médicos especiales, Diario oficial de las Comunidades Europeas – L 91/29 del 7 de abril, Bruselas, Bélgica, 1999.

³² BARROS, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago, Chile, 2006, p. 749.

³³ ÍDEM., p. 750.

materia que nos convoca, puesto que no se realiza distinción alguna de “(...) lo que es el régimen de responsabilidad por falta de idoneidad de los productos (lo que tradicionalmente se llamaba responsabilidad redhibitoria o por vicios) del sistema de responsabilidad por productos defectuosos.”³⁴

Además la clasificación que ocupa la ley de productos atiende a su peligrosidad, es decir aquellos productos que potencialmente pueden ser dañinos si no se emplea el cuidado apropiado y que deben contener la información necesaria para que ello no ocurra, muy distinto de lo que anteriormente definimos como producto defectuoso.

Nuestro código civil en su artículo 1857 y siguientes establece un régimen de responsabilidad referente a la compra venta y los posteriores vicios que la cosa objeto del contrato pueda presentar. Para tales casos el cuerpo legislativo nos brinda la acción de indemnización de perjuicios, la acción de rebaja del precio o *quanti minoris* o la acción de resolución del contrato. Tales disposiciones están muy lejos de ayudar a resolver la problemática planteada, puesto que el vicio que se le imputa a la cosa se encuentra muy lejos de provocar daños a la salud de las personas, ya que nos referimos principalmente a situaciones en que el vendedor debe amparar el dominio y posesión de la cosa al comprador y principalmente que este último pueda utilizar la cosa para los propios fines de ella, según su naturaleza. En palabras de Corral Talciani “*Si el adquirente pretende ser indemnizado por un producto defectuoso invocando la relación contractual con el proveedor o comerciante que le vendió la cosa, tendrá que reclamar su responsabilidad por los vicios ocultos o redhibitorios de la cosa vendida, de acuerdo con los artículos 1857 y siguientes del Código Civil. En particular, debe acreditar que el defecto constituye un vicio, esto es que por él la cosa no sirve para su uso natural, o sólo sirve imperfectamente.*”³⁵

Es así como será requisito indispensable acreditar la mala fe por parte del vendedor, debiendo éste conocer del vicio que adolecía la cosa objeto de la compraventa, o no conociendo tal vicio debiera haberse percatado en virtud de su oficio o profesión.

De esta manera procederá la indemnización de perjuicios.

³⁴ CORRAL, HERNÁN, *Responsabilidad por productos Defectuoso, Análisis y propuestas para el Derecho civil y de consumo en Chile*, Editorial Legal Publishing Chile, 1ª Edición, Santiago, Chile, 2011, pp. 109-110.

³⁵ CORRAL, HERNÁN, “*Responsabilidad Civil por productos defectuosos. Análisis desde el punto de vista de la responsabilidad de la empresa en los textos legales de protección al consumidor.*” En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVII (1996), p. 298.

Respecto de la ley de Protección de los Derechos del Consumidor podemos señalar que específicamente no existe un artículo que trate de forma especial a los productos defectuosos como en el Derecho comparado en el que existe presunción de culpa por el sólo hecho de poner el producto con tal calidad en el mercado³⁶. Es así como los siguientes artículos de la ley 19.496 se acercan de algún modo a lo que ponemos denominar como responsabilidad civil por el producto defectuoso:

- a) En virtud de una serie de hipótesis que establece la ley, la que nos parece más cercana a nuestro tema es aquella que dice relación a las normas de seguridad o calidad de un producto sujeto a éstas, en la que cabe la indemnización de perjuicios por los daños causado, además de la reparación gratuita del bien o previa restitución del mismo, la reposición de éste o la devolución de la cantidad pagada. Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 20 letra a) de la ley 19.496 de protección de los Derechos del Consumidor.
- b) Otra situación interesante es la que establece el inciso primero del artículo 23 de la mencionada ley, en el que se sanciona la infracción culposa del proveedor de un bien o prestación de un servicio provoca un perjuicio al consumidor “... *debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio.*”

Para efecto de comprender en su cabalidad el artículo anterior debemos señalar que es lo que se entiende por proveedor en razón del numeral 2 del artículo 1 de la ley 19.496: “2.- *Proveedores: las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores por las que se cobre tarifa.*”

- c) Los artículos 46 y 47 de la ley señalada, establecen lo que a nuestro juicio pareciera ser los más cerco a la responsabilidad por el producto defectuoso, ya que, se constituye aquella situación en que un fabricante, importador o distribuidor de bienes o prestador de servicios, que luego que introducir un producto en el mercado se da cuenta de dicho producto presenta problemas graves, deberá sin demora alguna dar conocimiento a la autoridad competente

³⁶ BARROS, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago, Chile, 2006, p. 757.

con el fin de que se tomen las medidas necesarias, además de informar a la comunidad de consumidores del producto. De lo anterior el artículo 47 de la ley señala que: “(...) *La peligrosidad de un producto o servicio, o su toxicidad en niveles considerados como nocivos para la salud o seguridad de las personas, los daños o perjuicios que de su consumo provengan serán de cargo, solidariamente, el productos, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio, en su caso.*”

El problema de la causalidad en materia civil pareciera estar zanjado, puesto que se considera un requisito esencial a toda reparación de daño en esta sede, así es necesario la existencia de un vínculo entre el hecho por el cual se debe responder y el daño causado. Será necesario por ende “(...) *probar un vínculo causal, pero no entre el actuar del fabricante y el daño, sino entre el defecto del producto y el daño.*”³⁷ Lo anterior abalado de la relación causal que exige por ejemplo el artículo 1437 del Código Civil al establecer las fuentes de las obligaciones: “(...) *a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasi delitos (...)*”, en relación al artículo 2329 que establece en su inciso primero “*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*”

3.3 Responsabilidad Penal por el producto defectuoso

Ante el simple análisis anterior respecto de nuestro tema, es necesario señalar que, aún cuando en la legislación chilena existiera un mecanismo de indemnización concreto para el caso del producto defectuoso, aún dejaría de ser suficiente, puesto que las sociedades de hoy en día deben tutelar intereses más bien colectivos que individuales, y es en este ámbito en donde el Derecho Penal debe actuar como dispositivo de tutela de última razón, sancionando el actuar doloso o culposo de los responsables de que un bien con graves errores sea puesto a disposición de los consumidores. Es así como el Derecho Penal comienza a desarrollar su accionar en esferas reservadas para otras ciencias, que con el paso del tiempo pasan a ser consideradas incapaces de solucionar los tópicos actuales de la población mundial. Con todo se configuran diversos instrumentos de política de seguridad de carácter preventivo.

³⁷ CORRAL, HERNÁN, *Responsabilidad por productos Defectuoso, Análisis y propuestas para el Derecho civil y de consumo en Chile*, Editorial Legal Publishing Chile, 1ª Edición, Santiago, Chile, 2011, p. 60.

3.4 De la responsabilidad penal

Es conocido que un delito puede ser cometido por una acción u omisión como lo establece el inciso primero del artículo 1 del Código Penal Chileno “*Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.*”, o el artículo 1 número 1 del Código Penal Español “*No será castigada ninguna acción no omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.*” De ello en virtud del principio de tipicidad la conducta del agente será apreciada según lo previamente establecido en la ley. No obstante es necesario verificar el carácter antijurídico de la conducta.

El concepto de antijuricidad puede definido como “*(...) aquel disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico.*”³⁸, por ende cuando el legislador otorga protección a un bien jurídico lo está valorando, o sea entregándole valor normativo, de esta manera en el momento que un individuo actúa conforme a la norma penal lesionando el bien jurídico, lo está desvalorando.

Finalmente debemos incorporar el último elemento que tenemos que considerar para efectos de atribuir responsabilidad en materia penal; este es la culpabilidad, por la cual determinaremos que participe del hecho, mediante su conducta podrá ser sancionado. La culpabilidad puede ser definida como aquella “*(...) reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que se autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía cometerse a los mandatos y prohibiciones del derecho.*”³⁹ o según Politoff, Matus y Ramírez “*(...) el reproche que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida.*”⁴⁰. Lo anterior vinculado al principio *nulla poena sine culpa* logra completar el último requisito para la interposición de la pena⁴¹.

De esta manera al precisar los presupuestos necesarios para la teoría del delito, nos encontramos en condiciones de atribuir responsabilidad penal⁴² frente a la comisión

³⁸ CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial UC, 9ª Edición, Santiago, Chile, 2009, p. 353.

³⁹ ÍDEM., p. 385.

⁴⁰ POLITOFF, S., MATUS, J.P. Y RAMÍREZ, C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago, Chile, 2004, p. 243.

⁴¹ CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial UC, 9ª Edición, Santiago, Chile, 2009, p. 386.

⁴² La breve y escasa mención sobre algunos de los elementos de la teoría del delito sólo pretende cumplir la función de recalcar y recordar los principios básico que deben ser considerados al momento de atribuir responsabilidad penal, dejando de lado innumerables tópicos relevantes para el Derecho Penal, pues de lo contrario nuestro estudio tomaría otro rumbo.

de cualquier conducta ilícita. Abordando este tema logramos esclarecer posibles dudas que pudiesen surgir conforme se desarrolla nuestro tema.

3.5 Del problema de la causalidad

En el capítulo anterior nos remitimos a clarificar las diversas teorías respecto a la determinación de causalidad que no ha estado exenta de problemas y críticas. Además ejemplificamos cada una de ellas con la finalidad de su mejor comprensión y el motivo del porque fueron desestimadas. Ahora nos proponemos la meta de analizar dicha problemática, pero enfocada desde el caso que nos importa; el producto defectuoso.

Señalando de ante mano que para el tema en cuestión la teoría que debe ser utilizada es la de la Imputación Objetiva, puesto que a nuestro novel criterio es la que otorga mayor certeza frente a casos en que el o los sujetos activos deben tener un deber de resguardo mayor por la posición en que se encuentran, además del servicio que prestan a la sociedad. Frente a esto último en el inicio de este segundo capítulo definimos los conceptos básicos que debemos manejar para no dejar lugar a dudas de carácter semánticas, es por ello y para el posterior análisis jurisprudencial que utilizamos definiciones de índole global a la más particular⁴³ Ahora nos encontramos en condiciones de comenzar nuestro estudio.

3.5.1 Planteamiento del problema

Entre los años 1955 y 1962 en Alemania se comercializó un fármaco cuyo componente esencial era la Talidomida fabricado por la empresa Chemie-Grünenthal. El medicamento, que principalmente actuaba como ansiolítico para la población, y como antiemético para las náuseas para mujeres embarazadas. Fue testeado inicialmente sin presentar reacciones adversas, sin embargo se dejó a un lado a una parte importante del espectro de consumidores; las mujeres embarazadas. Es así como en 1957 el producto comenzó a ser exportado alrededor de cuarenta países. Pocos años más tarde la empresa comunica que el producto puede causar ciertos efectos lesivos

⁴³ Es el caso de los conceptos de producto alimenticio y producto alimenticio destinado a usos médicos especiales definidos en las páginas 19 y 20 de esta tesina.

para la salud si su ingesta es prolongada. Así se comienzan a generar diversas prohibiciones de ingreso a los distintos países en que se pretendía comercializar como es el caso de Estados Unidos. Distintas fueron las publicaciones emitidas por autoridades en materia de salud que advertían la peligrosidad del medicamento para el embrión y feto. Posterior a esto Chemie-Grünenthal decide añadir a la rotulación del fármaco sus eventuales efectos secundarios sobre el fruto de la concepción, sin reconocer siquiera la posibilidad de que estos puedan existir.

Los casos de malformaciones congénitas especialmente la focomelia⁴⁴, anomalías cardíacas y urinarias superaban en su conjunto las 5.000 víctimas sólo en Alemania.

Judicialmente la causa fue “(...) *sobreséida en virtud de un acuerdo que incluía el pago de importantes indemnizaciones a las víctimas, no sin que antes del Tribunal Estadual de Aachen declarara acreditado el referido nexo causal, decisión que provocó una gran controversia doctrinaria que probablemente marca el punto de partida del debate actual.*”⁴⁵

El caso anterior toma el nombre comercial del producto farmacéutico; “Caso Contergan”⁴⁶, en el que la problemática de la causalidad nunca estuvo esclarecida totalmente, puesto a la dificultad probatoria de la época, pero actualmente ¿Es posible probar que un producto defectuoso es el causante de graves daños a la salud?, y si la interrogante anterior tiene una respuesta afirmativa ¿Es viable sancionar a quienes resulten responsables por poner en el mercado un producto de tales características?, la contestación a éstas preguntas para efectos de este estudio son ambas afirmativas invocando la teoría de la Imputación Objetiva.

⁴⁴ Corresponde a una malformación congénita que afecta a las extremidades del cuerpo humano logrando que estos sean desproporcionadamente pequeños al resto de la estructura. Los casos más graves son aquellos en que las manos o dedos del individuo se encuentran unidos directamente con el tronco del sujeto.

⁴⁵ HERNÁNDEZ, HÉCTOR. “El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)” [en línea]. Política Criminal. N° 1, 2006. A7, pp. 1-33. http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_7.pdf [Consulta: 26 de mayo 2013]

⁴⁶ MELIÁ CANCIO, MANUEL, “El caso Contergan cuarenta años después”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, N° 35 (2011), abril- junio, pp. 99-102.

3.5.2 Producto defectuoso, Causalidad e Imputación Objetiva

Sabemos que la Imputación objetiva es aquella teoría que se utiliza para determinar en que “(...) *casos puede imputarse normativamente un cierto resultado a un determinado comportamiento humano.*”⁴⁷

Es de suma importancia mencionar que la teoría será aplicable tanto a delitos de resultado, como aquellos de peligro. Estos últimos en el sentido de que el peligro supone un riesgo de lesión al bien jurídico como bien explica Hernández Basualto⁴⁸ se trata de un pronóstico causal en que la causalidad es un hecho cierto.

Respecto de la causalidad entendemos que está debe ser considerada como un elemento normativo del tipo penal, mejor dicho debe estar inserta en la conducta descrita por el tipo y no sólo en un sentido de necesidad de imputación del delito. Lo anterior lo explica de mejor manera Reyes Alvarado “*A favor del carácter ontológico del nexo causal puede decirse que la única manera de establecer si entre una causa C y un resultado R existe un vínculo, sería a través de la formulación de una ley que permitiera afirmar que la presencia de una determinada causa produce un específico resultado, ley que a su vez sería el producto de un procedimiento inductivo*”⁴⁹, es así como empíricamente se pudo afirmar que mediante cierta acción se produce un resultado, esto en los más variados caos, puesto que sabemos que si un sujeto en la vía pública decide verterse combustible altamente inflamable sobre su cuerpo para luego prender un encendedor y arrojárselo se estará quemando a lo bonzo, de la misma manera gracias a la experiencia podemos señalar que si un cuchillo atraviesa la carne viva provocará una herida de gravedad, o si una pistola dispara contra el cráneo humano provocará a lo menos la muerte de un individuo. Es así como el proceso causal va siendo incorporado objetivamente a nuestras conductas sin dejar de lado los criterios que deben ser tomados en cuenta para la posterior imputación de responsabilidad penal.

Dichos criterios son⁵⁰:

⁴⁷ CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial UC, 9ª Edición, Santiago, Chile, 2009, p. 299.

⁴⁸ HERNÁNDEZ, HÉCTOR. “*El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)*” [en línea]. *Política Criminal*. N° 1, 2006. A7, pp. 1-33. http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_7.pdf [Consulta: 26 de mayo 2013]

⁴⁹ ALVARADO REYES, YESID, “Causalidad y explicación del resultado”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, N° 14 (2006), enero – marzo, p. 11.

⁵⁰ CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial UC, 9ª Edición, Santiago, Chile, 2009, p. 300 – 301.

- Respecto de la conducta del autor y su posterior imputación, no deben ser considerados aquellos actos que envés de aumentar el riesgo jurídicamente desaprobado lo disminuyen.
- La creación del riesgo jurídicamente relevante será imputado sólo y siempre que exista un peligro jurídicamente desaprobado para un bien jurídico.
- Si la conducta del agente aumentó más allá de lo permitido el peligro de que el resultado se produjera, aún cuando verificando un correcto actuar el resultado habría sido el mismo.
- En relación con la espera de protección de la norma, el resultado no será objetivamente imputable, aún cuando haya sido causado por un individuo respecto de aquellas conductas que por ley no han sido consideradas con el fin de ser evitadas.

Dado lo anterior resulta importante señalar que como en un primer ámbito se debiera identificar aquella conducta humana que ha sido creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, que en el caso en cuestión puede ser la producción, elaboración, distribución y comercialización de un producto defectuoso que posteriormente plasma un resultado lesivo. Luego se deberá constatar que debido a ese riesgo proveniente de una o varias de aquellas conductas se origino el resultado por el cual buscamos imputar responsabilidad frente a los criterios anteriormente citados.

La causalidad – sin mediar la Imputación Objetiva- parecía un hecho difícil de probar, pues como acreditamos que mediante la producción, elaboración, distribución y comercialización de un producto se produjo tal resultado, sobre todo en aquellos casos en que la consecuencia concreta se traduce en un daño que la mayoría de los casos trascendentales, lesionó bienes jurídicos como la vida o la integridad física o psíquica de las personas. Es por esto último que abogamos por la protección de bienes jurídicos tanto individuales como colectivos. De conformidad a lo mencionado en nuestro trabajo las actuales sociedades requieren el estudio y protección de nuevos bienes jurídicos, sobre todo si se trata de resguardar la salud colectiva por sus nefastas consecuencias, ejemplo claro de esto es el “Caso Contergan” en el que desde el punto de vista de la

política criminal los resultados deben ser apreciados desde el particular – afectación a un individuo- hasta lo universal –afectación a un bien jurídico colectivo.

Debemos recalcar tal cual como lo hicimos en el capítulo primero respecto de la Imputación Objetiva y la omisión⁵¹. Esta puede ser definida como la no realización de lo que se espera que se haga, visto desde un punto de vista jurídico. La distinción que se hace respecto de la omisión – omisión propia- y la comisión por omisión – omisión impropia –, radica en que la primera está establecida específicamente en la ley, y la segunda no se encuentra establecida en la ley, pero podríamos señalar que a raíz de un tipo penal que es descrito a través de una acción ciertas personas deben estar obligadas a realizar ciertas conductas, por tanto al omitirlas se produce esta comisión por omisión. Y es respecto de esta última clasificación de la omisión la que tiene relevancia para nosotros, ya que se funda en la denominada posición de garante, y puede ser definida como aquella posición fáctica integrada al tipo penal. De todas las fuentes de garante existentes – Ley, Contrato, Injerencia y Comunidades de estrecha relación – nos interesa particularmente la injerencia. Esta puede ser definida como “(...) *al hacer precedente creador de un riesgo. Su fundamento, en términos sencillos, es el siguiente: quien con su conducta ha creado un riesgo, se constituye en garante de los bienes jurídicos que puesto en peligro. En razón de la conducta anterior creadora de riesgo, quien la ejecuta queda erigido en custodio de ese bien, surgiendo en consecuencia, el deber jurídico de actuar a fin de sustraer a los riesgos así generados, de suerte que, si no lo hace, el resultado típico le es imputable a título de comisión por omisión.*”⁵²

¿Dónde radica la importancia de la injerencia como posición de garante en relación a la responsabilidad jurídico- penal por el producto? Entendemos que muchos de los casos relevantes en materia de producto defectuoso se fundamentan en el actuar principalmente de aquellos que se encuentran en una posición de alta jerarquía dentro de sus labores, puesto que son quienes toman las decisiones importantes respecto de elaboración, producción, distribución y comercialización de un producto, y si entendemos bien el concepto de injerencia y lo llevamos al caso introductorio de nuestro análisis, aquellos que una vez informados sobre los efectos negativos de la Talidomida en la población, bajo la lógica de la posición de garante en cuestión se transforman

⁵¹ Referente a la Imputación Objetiva y la omisión en las páginas 8 – 9 de ésta tesina.

⁵² SÁNCHEZ IZQUIERDO, CRISTÓBAL, “Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante.”, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 33, N° 2 (2006), p. 330.

automáticamente en protectores del bien jurídico salud pública, ya que con su actuar riesgoso dan principio a un potencial daño a las personas. Por supuesto que el caso es discutido y para efecto de determinación de la pena se deberá aplicar la hipótesis que resulte más completa. Respecto de la creación de un riesgo, no nos referimos a la simple elaboración de un producto médico, como es el caso de la Talidomida y que entendemos que forma parte de aquellos socialmente permitidos, puesto que de lo contrario deberíamos sancionar todos aquellos casos en que sólo por el hecho de ser potencialmente riesgosos para la sociedad crean un riesgo jurídicamente desaprobado.

Así, sería el caso de las empresas productoras de automóviles, ya que sólo con el hecho de fabricar medios de transporte privado darían rienda a lesionar bienes jurídicos por eventuales accidentes automovilísticos. Lo mismo ocurriría para el caso de aquellas empresas de venta de vuelos aéreos comerciales, nada obsta a que potencialmente un avión que realiza un vuelo pueda sufrir una ocasional catástrofe. Pero, con todo lo anterior es importe volver a recalcar que son riesgos jurídicamente y socialmente permitidos, pues su relevancia para el mundo actual es completamente necesaria.

Lo que nuestro estudio pretende realizar es centrar la discusión en relación de aquellas empresas fabricantes de productos, especialmente ligados al ámbito de la salud o alimentario de la población, ya que por su consumo – que en muchos casos es obligatoriamente necesario- ligado a la salud humana, en el caso de que conste un defecto en su composición lo más factible es que no sólo exista una posibilidad de daño a la salud, sino más bien es realmente probable que esto suceda. A continuación, ligando nuestra idea con la injerencia como posición de garante basada como exige la doctrina en una omisión, necesariamente la que tiene la característica de ser impropia, es que postulamos que frente aquellos casos en que el productor, distribuidor, comerciante y todos quienes puedan participar en la cadena que permite que un producto llegue hasta un consumidor final puedan serles imputada responsabilidad penal bajo la lógica del producto defectuoso. Tal conclusión debe ser acompañada por “(...) *imputabilidad, conciencia de la ilicitud y normalidad de las circunstancias.*”⁵³

Por lo que se refiere a la causalidad en concurso con la omisión, es conveniente señalar que en la doctrina nacional no existe consenso respecto a la atribución de un

⁵³ CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial UC, 9ª Edición, Santiago, Chile, 2009, p. 687.

nexo causal en virtud de una omisión – sea ésta propia o impropia-, ya que como la misma figura, resulta dudoso establecer que a raíz de un no hacer se genere un resultado, pero si fundamentamos lo anterior señalando que la causalidad debe estar fundada en aquello que se debió haber realizado a razón de una posición de garante, en efecto el resultado no se hubiera producido si el agente hubiese actuado conforme a lo que se espera que haga, por tanto la misma inactividad forja el resultado.

Es tiempo de ejemplificar lo anterior:

Willy Wonka es dueño de una conocida Fábrica de chocolates Wonka. Conocidos son los chocolates que dicha empresa elabora. Cierta día Willy Wonka junto con su consejo de gerencia deciden cambiar uno de los componentes que le da color a sus chocolates, es así como importan anilinas no naturales provenientes del extranjero.

Sin adoptar las medidas necesarias para probar que efectos puede causar en los consumidores la incorporación de tal ingrediente, deciden comercializarlo. De manera casi instantánea al poco tiempo que el producto llevaba en el mercado comenzaron a surgir brotes de individuos – especialmente niños- con fuertes dolores estomacales y recurrentes vómitos. Los análisis médicos a uno de los niños enfermos dan cuenta de que en su organismo existe un componente de la anilina muy parecido al que utiliza para teñir y colorar diversos tipos de vestimenta. Willy en conjunto de su consejo empresarial han creado un riesgo en virtud del cambio de uno de los componentes de sus chocolates además de no realizar las pericias respectivas para indagar en que efectos podría traer tal cambio a la población.

Según el ejemplo dado Willy nunca efectuó ninguna conducta que se le pudiera atribuir responsabilidad respecto del cuadro de dolor estomacal y vómitos que presentaba la población, pero a raíz del riesgo generado y su omisión, la atribución de responsabilidad se puede fundar en la posición de garante injerencia. En este sentido Jakobs “(...) *tanto el productor como el consumidor se conducen de modo correcto, pero un defecto del producto oculto hasta ese momento amenaza con traer consecuencias. Partiendo de esa concepción, es garante quien crea un riesgo especial (...)*”⁵⁴

De conformidad a lo anterior es que postulamos que respecto de la imputación de responsabilidad penal por el producto defectuoso la teoría de la Imputación Objetiva

⁵⁴ JAKOBS, GÜNTHER, *Injerencia y Dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Editorial Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1º Edición, Colombia, 2001, p. 45.

no debe ser aplicada, puesto que al dejar de lado o mejor dicho, al prescindir de la casualidad para lograr la imputación de un resultado a razón de su causa, sobre todo en aquellos casos en que el resultado se traduce en un daño a la salud o integridad física de las personas, estamos aplastando principios básicos del Derecho Penal. Con el principio *in dubio pro reo* y el de inocencia.

Más adelante veremos que nuestras conclusiones pueden ser derribadas frente a criterios adoptados por tribunales, que principalmente y a groso modo señalan que, aún cuando se sea posible determinar la causalidad entre la conducta y el resultado, sumando todas aquellas pruebas periciales, si existe una similitud en los casos y sus consecuencias son similares – por no decir iguales- el tribunal podrá fijar su convicción tomando en consideración lo anterior. Todo esto será mejor abordado a continuación.

En el siguiente capítulo abordaremos nuestro tema desde la perspectiva jurisprudencial, analizando sentencias nacionales e internacionales que han marcado pauta en materia de responsabilidad penal por el producto defectuoso.

4. Capítulo III: Análisis Jurisprudencial

En un estudio como el nuestro resulta imprescindible realizar un análisis respecto de las decisiones emitidas por los órganos que ejercen la jurisdicción en un territorio, ya que como sabemos en ellas podemos encontrar plasmadas fácticamente las teorías anteriormente señaladas en conjunto con principios y reglas propias del Derecho Penal, y para nuestro caso la temática anteriormente abordada, esta es la de la Causalidad. Para tal propuesta acudirémos a decisiones judiciales extranjeras y nacionales, sabiendo que en el plano internacional existe una gran cantidad de casos en los que la responsabilidad penal por el producto defectuoso es abarcada, pero en el caso en particular nos decidimos por una relativamente reciente y que por cuestiones de referencia e inspiración de nuestra doctrina nos puede resultar más familiar.

En el primer caso España será el país elegido en virtud del caso “Aceite de Colza”, y en el segundo analizaremos la sentencia del caso “A.D.N Nutricomp”, caso que como sabemos ha estado en la palestra desde el inicio de las denuncias, hasta su proceso judicial. Por lo anterior y por todo lo que implica dicho caso para nuestra sociedad la sentencia será tratada rigurosamente.

Es así como utilizaremos la jurisprudencia como un aparato de persuasión para fundamentar nuestros argumentos.

4.1 Análisis Jurisprudencial del caso “Aceite de Colza”

El Tribunal Supremo de España conoció en su sala oral en lo penal de recurso de casación N° 3654/1992 con fecha 23 de abril de 1992 dictaminó sentencia número 1996 respecto de los siguientes hechos:

En el año 1981 respecto de ciertas localidades de España – Torrejón de Ardoz, localidades de Madrid, Castilla, León, Castilla-La Mancha y Cantabria- comenzó a extenderse una especie de epidemia que tenía como antecedentes físicos una neumonía intersticial y estructuras morfológicas conforme con un mycoplasma lo que en primera instancia las autoridades sanitarias consideraron que la enfermedad era transmitida vía

respiratoria. Poco tiempo después se revelaría que los síntomas correspondían a una especie de intoxicación conocida como el *síndrome del aceite tóxico*.

En un principio se pensó que los casos de intoxicación eran causados por un accidente vinculado con armas bacteriológicas, pese a ellos siempre retumbó la idea de que podía ser resultado de algún alimento en mal estado, aun que la enfermedad revestía el carácter de nueva. Estas primeras ideas provenientes de equipos médicos señalaban como posible actor principal al aceite de colza. Dicho aceite comenzó a ser importado por España, pero no para un uso alimenticio, sino más bien uno industrial, para garantizar dicho fin se ordenó que el aceite fuese desnaturalizado.

Numerosas fueron las empresas que realizaron tratos para importar, refinar, comercializar, distribuir y a realizar actividades similares a las enunciadas respecto del producto aceite de colza.

Las primeras advertencias eran provenientes de los minoristas que compraban el aceite para su posterior venta a un consumidor final, así da cuenta la sentencia misma: *“Bastantes consumidores se quejaban a los minoristas de anomalías en los humos, el color, el sabor, el olor, la congelación de los aceites, y los revendedores transmitían las protestas a “RAELCA SA”. Higinio Teodoro o no respondía o tranquilizaba a los revendedores, asegurándoles que los aceites habían sido analizados y eran de buena calidad. Mas las quejas no disminuían gravemente el éxito de las ventas, atraída la clientela, en período de crisis económica, por la ventaja de los precios inferiores a los habituales para las clases y calidades ofrecidas, la comodidad de recibir los productos en las propias casas y la ilusión de ser más genuinas las mercaderías al carecer de signos que las identificaran con grandes intermediarios.”* (Tribunal Supremo de España. de abril de 1992. Sentencia N° 1996)

En síntesis se comenzó a importar aceite de colza desnaturalizado desde Francia, para luego previo proceso de naturalización del producto lanzarlo al mercado como un bien de consumo para humanos. Es así como el 10 de junio de 1981 se estableció oficialmente por parte de médicos que el aceite de colza era el causante de las casi quince mil personas intoxicadas.

El proceso penal debido a las magnitudes del caso debió realizarse en dos tandas. En el primero de ellos se acciono en contra de los empresarios responsables por el aceite desnaturalizado. En la sentencia de este proceso – denominado Colza I- se condeno a

los responsables en calidad de autores de delitos contra la salud pública como bien jurídico protegido, además de estafa e imprudencia temeraria⁵⁵.

Respecto del segundo proceso – Colza II- las víctimas ejercieron la acción en contra del Estado español, en calidad de responsable civil subsidiario, petición que fue aceptada por los tribunales condenándolo como tal.

En materia de causalidad el Tribunal Supremo Español señaló en respuesta a los fundamentos de la casación deducida contra la sentencia del tribunal inferior: *“Por otra parte, se sostiene que los tipos de resultado de lesión no están constituidos por proposiciones sobre la causalidad y que éstas no son requisitos típicos. Lo que estos tipos penales requieren es la causalidad misma en el caso concreto. De acuerdo con ello, la causalidad, como tal, es el objeto tanto de la prueba como de la convicción del Tribunal. Por tanto, los Jueces podrán admitir determinadas proposiciones sobre la causalidad en la medida en que su convicción sobre las mismas se mantengan dentro de los límites que se han establecido para la formación de la convicción en conciencia. Cuando en el proceso no se ha podido alcanzar por los peritos un consenso, pero no obstante ello el Tribunal tiene la convicción de la existencia de la causalidad, es indudable, se afirma, que no se puede suponer una vulneración del principio in dubio pro reo, pues éste sólo exige que el Juez no hay tenido dudas. Consecuentemente, si el Tribunal no tiene dudas será libre de aceptar la causalidad, sobre la que los peritos no han logrado aunar sus opiniones, en la medida en que ello no implique apartarse de conocimientos científicos o principios generales de la experiencia. Naturalmente que si no existe una tesis reconocida como válida por los especialistas será indudable que el Juez que admita la causalidad en el caso concreto no habrá ignorado conocimientos científicos reconocidos ni principios generales de la experiencia. La aceptación de la causalidad dependerá, en realidad, de la mayor o menor capacidad explicativa que tengan las diferentes propuestas de los especialistas, es decir, de estándares que pueden diferir en las ciencias naturales y en el proceso penal, aun cuando, de todos modos, no se considera adecuada una distinción entre "prueba científico-natural" y "conocimiento de las ciencias del espíritu". Cuando se concluye la diferencia de opiniones entre el Tribunal y los peritos no tiene fundamentos empíricos, sino que radica en la utilización de distintos criterios respecto de lo adecuado de un tipo de explicación, el Juez que admite una determinada explicación causa según sus criterios no decide sobre cuestiones para las que carece de conocimientos específicos.”* (Tribunal Supremo de España. de abril de 1992. Sentencia N° 1996)

⁵⁵ MARTIN, MIGUEL Y SOLÉ, JOSEP. *“Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos.”* [en línea]. InDret 1/00, p. 2. http://www.indret.com/pdf/002_es.pdf [Consulta: 01 de junio de 2013].

Respecto de las pruebas periciales y la duda razonable ante la causalidad: *“Por último, se debe señalar que en lo referente a la causalidad entre las acciones enjuiciadas y los resultados producidos el Tribunal a quo debía aplicar el principio in dubio pro reo en la comprobación de las circunstancias concretas del caso (la existencia misma del hecho de la ingestión del aceite y la comprobación de las circunstancias que fundamentan la conexión del resultado con ella). Esto justifica que cuando los médicos forenses no han podido reconstruir en el caso concreto la existencia de los hechos que permitirían subsumir las circunstancias de cada situación personal bajo las previsiones de la ley natural de causalidad, la Audiencia haya admitido la existencia de una duda, inclusive por insuficiente documentación (confr. anexo V de la Sentencia recurrida). Respecto de esas circunstancias de hecho (por ejemplo, ingestión de aceite, comprobación de la existencia de otras enfermedades previas, etc.), el Tribunal a quo pudo decidir básicamente sobre la base de su convicción en conciencia según lo establece el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como es claro, sólo se trata de hechos que, como tales, no dependen de conocimientos científicos especiales, sino que constituyen la base fáctica de la prueba pericial. Estas consideraciones, como es claro, se aplican especialmente al caso de Eva Tarsila (carpeta núm. NUM058), pues el fundamento de la decisión de la Audiencia ha sido la falta de documentación, que, por lo demás, la representación de la recurrente conocía antes de la apertura del juicio oral.”* (Tribunal Supremo de España. de abril de 1992. Sentencia N° 1996)

Además en sus considerandos finales: *“Sin embargo, en relación a la materia discutida en estos recursos se debe tener presente que la discrepancia entre lo decidido por la Audiencia y por los Tribunales que intervinieron en el orden social no afecta a los hechos en cuanto tales, sino a los criterios para establecer la causalidad del síndrome tóxico con la muerte o, dicho de una manera más precisa, a los criterios de imputación de un resultado en el marco de una determinada jurisdicción. Estos criterios de causalidad, en tanto criterios jurídicos de imputación, no son una cuestión de hecho, sino de derecho. Más precisamente, una cuestión de derecho que depende de los principios de cada subsistema del orden jurídico. El criterio de atribución de un resultado a una acción (imputación) puede diferir - aunque ello no deba ser necesariamente así- en el Derecho Penal y en otros ámbitos jurídicos en los que rigen otros principios respecto de la personalidad. Los criterios de imputación, y con ellos inclusive la causalidad, son << formas de pensamiento >> y no << categorías del ser >>. Ello alcanza inclusive a la causalidad, pues la responsabilidad, dentro de los límites que determinan la exclusión de la arbitrariedad (art.9.3° CE), no depende -como se dijo- de idénticas consideraciones en todos los subsistemas del ordenamiento jurídico. La exigencia, prácticamente general en la ciencia actual del Derecho Penal, de que la responsabilidad penal se haga depender, en los delitos con resultado de lesión, de la comprobación de una modificación en*

el mundo posterior a una acción, con la cual la primera esté vinculada por una ley (natural), excluye, por tanto, la posibilidad de reconocer en el ámbito del Derecho Penal una << presunción de causalidad >> (como en el caso de la STS [Sala de lo Social] de 14 de julio de 1988), o de una relación de causalidad entendida según los criterios de << solidaridad social que gobiernan esta institución >> (como es el caso de la STS [Sala de lo Social] de 16 de abril de 1985), o, por último, que se deba apreciar la causalidad simplemente cuando no esté probado lo contrario (Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 2 de Valladolid).” (Tribunal Supremo de España. de abril de 1992. Sentencia Nº 1996)

Los distintos fragmentos de la sentencia citada dan cuenta de que el Tribunal Supremo aclara ciertos criterios que deben tenerse presente, pues señala por parte de la defensa de uno de los imputados que la causalidad no se encuentra totalmente comprobada, ya que no es posible atribuir que el resultado de muchas de las lesiones o muertes es producto de la consumición del producto defectuoso, pues es muchos de los casos el resultado puede producirse por una multiplicidad de factores y no necesariamente la ingesta del aceite de colza. Además se agrega que se pasa a llevar uno de los principios fundamentales para el Derecho Penal, este el *indubio pro reo* que postula que frente a la duda se debe favorecer al imputado, y en nuestro caso la defensa señala que el tribunal al no tener certeza del proceso causal en que se ha envuelto a los imputados y a la postre declararlos culpables se vulneraría aquel principio, pues como hemos mencionado nunca existió una prueba que acreditará completamente el nexo causal y es deber del juez a criterio de la defensa aplicar aquello que resulte más favorable para el imputado. Además es pertinente agregar a lo ya mencionado que hubo gente que resulto ileso tras el consumo del producto defectuoso, esto versus aquellos que sufrieron graves consecuencias como la muerte.

Para el Tribunal la teoría de la imputación objetiva corresponde a la condición de la adecuación del comportamiento del sujeto activo al tipo objetivo, siendo claramente necesario que el autor haya efectuado una acción que genere un riesgo jurídicamente desaprobado, que haya tenido conocimiento del peligro desaprobado para lograr imputar a título de dolo, previa aplicación de los criterios de procedencia para la imputación de la teoría en cuestión.

Frente a hipótesis de dolo eventual el Tribunal exige que el sujeto no obstante a conocer el peligro jurídicamente desaprobado haya actuado.

A juicio del Tribunal: *“El criterio de la Audiencia para excluir la causalidad no es, sin embargo, compartido por esta Sala. En efecto, de la misma manera que cuando varios autores disparan a la vez sobre una víctima no cabe excluir la causalidad de todas las acciones que alcanzan al objeto de la acción, tampoco se debe eliminar la causalidad cuando una causa, capaz por sí misma de producir el resultado, se acumula a otras, que, aun sin ella, también lo hubiere producido. Precisamente la fórmula de la teoría de la *condictio sine qua non* indica que no se excluye la causalidad aunque las condiciones mentalmente suprimidas, si lo son en forma alternativa, no eliminen el resultado. En tales casos tampoco cabe -como es obvio- excluir la imputación objetiva del resultado.”* (Tribunal Supremo de España. de abril de 1992. Sentencia N° 1996)

Por tanto en la decisión se expreso al señalar que no se comparte el criterio utilizado con el tribunal inferior en el sentido de excluir la causalidad, puesto que según la doctrina que ha estudiado el caso y los mismos antecedentes que deja el Tribunal al momento de fallar, ha ocupado la teoría utilizada en el caso Alemán “Contergan”, en el que a pesar de no existir a ciencia cierta la certeza de imputar a cierto resultado a una causa, se tomará en consideración todos aquellos casos en que exista similitud en las lesiones causadas y se indagará en esclarecer que tienen en común todas ellas, en el caso en cuestión es la ingestión de aceite colza. Si bien como mencionamos anteriormente no todos los consumidores presentaron algún tipo de enfermedad también es cierto que muchos de ellos sí lo hicieron y en algunos casos el resultado se tradujo en su muerte. En otras palabras la única similitud fáctica entre las víctimas fue el consumo de aceite de colza desnaturalizado, pero nunca pudo acreditarse que los daños fueron provocados por dicho consumo, pero a pesar de los argumentos expuestos por la defensa de los imputados en torno a la causalidad el Tribunal consideró en base a los antecedentes señalados – el consumo del aceite desnaturalizado y los posteriores daños- nadie – ni los peritos- pudieron mencionar otra causa que logrará establecer el verdadero vínculo causal descartando dentro de una multiplicidad de causas.

Finalmente el recurso de casación fue desestimado por el Tribunal Supremo de España, allanándose a los fundamentos del Tribunal inferior, ahondando en los temas sometidos a su conocimiento.

4.2 Análisis Jurisprudencial del caso “Nutricomp A.D.N”

El Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo con fecha 24 de agosto de 2012 dictó sentencia con rol único 08000102576, la que posteriormente fue objeto de recurso de nulidad de rol único 6831-2 el 27 de diciembre de 2012, conoció sobre los siguientes hechos:

La empresa B. Braun Medical S.A en el año 2006 inicio en territorio nacional la fabricación de un alimento para regímenes especiales nombrado NUTRICOMP ADN – alimento dietético nutricional- cuyos consumidores finales eran pacientes con deficiencia nutricional o distintas enfermedades crónicas que consumían el producto de manera exclusiva o complementaria a su alimentación. El alimento en cuestión tenía dentro de sus ingredientes un componente de minerales denominado “premix de minerales” suministrado por otra empresa. El año 2007 el gerente general y miembro del directorio en conjunto con otros partícipes deciden cambiar el proveedor del componente antes señalado por uno de nacionalidad extranjera. Dicho cambio significó que entre todo sus elementos químicos, el potasio que debía contener el producto sólo llegaba al 1%, versus la fórmula original que contenía potasio al 100%.

Entre abril y noviembre del año 2001 se fabricaron y comercializaron a hospitales, clínicas, farmacias y otras fuentes de venta no sólo nacionales, sino que también extranjeras cerca de 233.048 unidades de NUTRICOMP ADN con el defecto anteriormente señalado. El 15 de noviembre del mismo año un bioquímico en conjunto con el ingeniero en alimentos de B. Braun Medical, tomaron conocimiento de dicho defecto en el producto comunicándolo a los cargos importantes de la empresa. No obstante a lo anterior el producto en su calidad de defectuoso siguió a la venta sin un comunicado de advertencia por parte de la empresa a los distintos centros de comercialización y distribución.

Rápidamente la empresa tomó la decisión de agregar una cantidad de potasio a los productos que se encontraban aún en su etapa de producción, a pesar de ello la cantidad de potasio requerida seguía siendo insuficiente para el expresado en la rotulación del producto.

En total se estima que en virtud de la primera partida de NUTRICOMP ADN sumada con la segunda partida existían 38.738 unidades del producto a disposición de los consumidores.

Es importante señalar que a pesar del conocimiento por parte de la empresa B. Braun Medical de que el producto no se encuentra en el estado óptimo que señala su rotulación, sumado con las pruebas de exámenes realizadas por la misma empresa, nunca se tomó la decisión de retirar el producto del mercado.

La comercialización y producción del producto fue detenida por la Secretaria Regional Ministerial de Salud Metropolitana que prohíbe su elaboración y distribución, ordenando el retiro inmediato del producto.

Como consecuencia de la falta de una parte importante de potasio en el producto la acusación del Ministerio Público expresa que resultaron afectados con hipokalemia⁵⁶ diversos pacientes que gracias a sus patologías debían consumir el producto de forma exclusiva o complementaria a su alimentación. A razón de que el producto contaba con un defecto se ocasionó entre sus consumidores graves enfermedades y en otros la muerte.

Por cuestiones obvias no analizaremos todos los argumentos esgrimidos por los intervinientes en el juicio. Sólo serán objeto de nuestro estudio aquellos que resulten necesarios para la comprensión del tema que estamos tratando.

4.2.1 Respetto de los alegatos del Ministerio Público

Respetto de la relación de causalidad para el Ministerio público se encuentra totalmente acreditada: *“Respetto a la relación de causalidad entiende – el Ministerio Público- que se encuentra absolutamente acreditada. Entiende que todas las personas mencionadas en el auto de apertura fueron afectadas por un brote de hipokalemia, que sufrían enfermedades y que no les permitían alimentarse normalmente. Aparte de ello el consumo de ADN era exclusivo. Seis de las víctimas afectadas por hipokalemia fallecieron, se les detectaron hipokalemias graves entre octubre de 2007 y enero de 2008. Ende también que dentro de este período las víctimas no ingirieron potasio y es lógico*

⁵⁶ En la sentencia se deja claro que respecto de la clasificación de la Hipokalemia para los sentenciadores no se llega a ninguna conclusión, puesto que se vacila entre una condición, enfermedad, o un estado. Lo que si se establece es en su consistencia, esta es una falta de potasio en la sangre, o mejor dicho corresponde de a un trastorno electrolítico en el cuerpo por la carencia del ion potasio.

concluir que la hipokalemia fue causada por la falta de aporte de este mineral.” (Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, rol único 0800102576-8, rol interno 38-2011)

Considerando las pruebas que realizó el Ministerio Público se llega a la conclusión de que la hipokalemia es una enfermedad, se entiende que la misma generó agravamiento de las afecciones iniciales de las víctimas y la muerte de algunas de ellas.

Es así como señala que: *“Cada vez que el alimento ADN fue reemplazado por otro, las crisis cedían o terminaban definitivamente. También de acreditó la existencia de un brote epidemiológico de hipokalemia constatado por las autoridades de salud que coincide cronológicamente con la puesta a la venta por parte de Braun de un alimento casi carente de potasio. Las víctimas consumieron de este alimento Las leyes estadísticas y la epidemiología como área de la medicina proveen de la explicación racional y necesaria para establecer un nexo que vincula todos los casos de hipokalemia que se produjeron en un mismo espacio tiempo.”*

Para el Ministerio Público la introducción de un producto de tales características en el mercado es la *condictio sine qua non* para que se genere el resultado de la hipokalemia, pues en muchos de los casos el alimento se cambió y el resultado de lesión desapareció, por tanto resultó una condición adecuada para el resultado.

4.2.2 Respecto de los alegatos de los defensores

L. defensa de uno de los imputados señaló contestando el problema de la causalidad planteado por el Ministerio Público que: *“El Ministerio Público dijo que es un problema de causalidad estadística, es decir, hay que acreditar la causalidad sobre la base de una relación estadística, es decir, hay que acreditar la causalidad sobre la base de una relación estadística, en otros términos, dijo que a la falla de aporte por consumo de ADN se producen ciertos resultados, se afirma que causalmente están vinculados. Al respecto, consideraciones: no es común sostener que la atribución de resultado sea un asunto de mera causalidad, que solo la causalidad es suficiente, aunque tampoco son tesis inexistentes (aún quedan causalistas), pero menos común es que a la hora de estructurar la relación de causalidad, la propuesta sea de una causalidad estadística, aunque no sea equivocada, salvo que metodológicamente no se esté usando bien el mecanismo probabilístico de la causalidad, es decir, la causalidad solo puede sostenerse en la medida que se supriman los sesgos estadísticos. Ejemplo: si quisiera acreditar la vinculación entre el café y el insomnio y se pregunta en la sala cuántas personas*

tomaron café ayer y sufrieron insomnio, levantarán la mano 8 personas, ¿podría concluir que el café produjo insomnio? Según el Ministerio Público es un problema de causalidad estadística de un amuestra de 8, 100% todos los que tomaron café sufrieron insomnio, acreditada la causalidad. Eso no es correcto pues incurre en el sesgo de la selección, ya que, seleccionó una muestra de 8 y a partir de esa muestra llega a conclusiones generales con un universo de 8. La pregunta correcta sería ¿Quiénes tomaron café? Si levantan la mano 20 personas y de esas 20 ¿Cuántas sufrieron insomnio? 8 sufrieron insomnio. ¿Se puede llegar a la conclusión que el café produjo insomnio? No. Preguntando a la inversa, ¿Quiénes tuvieron insomnio ayer? 15 personas, ¿Quiénes consumieron café? 8. No se puede concluir que sufrieron insomnio por tomar café.

Otro sesgo es el de la confusión, habría que preguntar además, ¿Quiénes además de esos 8 tomaron alguna bebida energética? Si 2 levantan la mano, nace una nueva variable.” (Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, rol único 0800102576-8, rol interno 38-2011)

La defensa cuestiona el planteamiento del Ministerio Público, pues según todos los casos presentados el organismo en cuestión atribuyó el consumo del producto NUTRICOMP ADN al resultado de hipokalemia, en palabras simples la cantidad de productos defectuosos era un total estimado de 38.738 unidades y sólo se están enjuiciando 66 casos, por tanto cabe concluir que el universo de los consumidores del producto defectuoso no está presente, por tanto la hipótesis del Ministerio Público carece de objetividad en su metodología al consignar como base de su causalidad estadística una parte minoritaria de todos aquellos que consumieron el producto, además se considera aquellos que sufrieron hipokalemia, por tanto la constante entre todos ellos es el consumir el producto defectuoso y la presencia de hipokalemia.

De conformidad a lo anterior resulta importante señalar que otro argumento de una de las partes imputadas señaló que ante la duda de la inexistencia del vínculo causal para lograr atribuir un resultado, los jueces deben aplicar el principio *indubio pro reo*.

De apoco vemos la teoría utilizada en el caso “Contergan” de Alemania y parte de sus fundamentos.

4.2.3 Respecto del razonar del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo

El Tribunal en el apartado denominado “Sobre el ADN, La Hipokalemia y La Causalidad” nos entrega su visión respecto de los hechos y argumentos entregados por los intervinientes en el juicio. Se inicia definiendo lo que se entiende por ADN NUTRICOMP en base a testimonios, señalando que corresponde a *“un alimento completo para asistir a personas con carencias nutricionales o requerimientos nutricionales específicos.”* (Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, rol único 0800102576-8, rol interno 38-2011), y estableciendo que la finalidad del producto era cumplir con un cierto requerimiento nutricional de quien lo consumía. También debemos precisar que el Tribunal en cuestión llegó a dos conclusiones importantes:

- Que el déficit que presentaba el alimento ADN NUTRICOMP era sólo relativo a la carencia de potasio.
- Y, que entre los años 2007 y 2008 circularon dos tantas del producto como mencionábamos en los hechos del caso, uno con un déficit casi total de potasio, y el otro con un déficit parcial puesto que la empresa Braun decidió añadir el elemento químico.

Respecto de la Hipokalemia se sostiene que corresponde a un fenómeno producido por la irrupción del equilibrio electrolítico del cuerpo humano. Dicha irrupción puede ser provocada porque el cuerpo de una persona sana nivela naturalmente el potasio y se traduce en una disminución, por falta de aporte potásico, por pérdidas patológicas, por diversas infecciones, o la redistribución del elemento químico por parte de ciertos fármacos.

Además se señala que el potasio corresponde a un mineral fundamental para el normal funcionamiento del cuerpo humano como el cloro, magnesio, sodio, fósforo que ayudan a mantener el equilibrio electrolítico.

Realizadas estas precisiones iniciamos finalmente a desarrollar el razonamiento respecto de la causalidad por parte del Tribunal Oral en lo Penal.

Se inicia reconociendo un serio problema en como los acusadores plantean respecto al vínculo causal, por tanto es necesario aclarar ciertos supuestos para la mejor comprensión. Para esto se agrupará al razonamiento anterior en tres planteamientos.

- El único elemento en común entre las víctimas en el consumo durante un periodo de tiempo determinado de ADN NUTRICOMP defectuoso, pues se trata de pacientes que en su mayoría presentaban graves enfermedades vinculadas a la falta o carencia de potasio lo que los transforma en individuos potencialmente más vulnerables
- Todas las víctimas presentaron casos de hipokalemia en un mismo periodo de tiempo, esto no es correcto debido a que como constato el Tribunal el universo total de consumidores del producto no se encuentra presente, por lo que no sabemos si ellos presentaron hipokalemia, además la disminución de potasio en muchos de los casos presentados fue anterior al consumo del producto defectuoso o con posterioridad a ello.
- El último planteamiento corresponde a la aseveración respecto de la cual una vez sustituido el alimento, la hipokalemia en alguno de los casos fue superada, lo anterior no corresponde a un hecho cierto, ya que algunos de los consumidores del producto volvieron a presentar cuadros de hipokalemia luego de sustituir el alimento por otro. Esto hace concluir al Tribunal que la disminución de potasio pudo ser provocada por una multiplicidad de factores.

Dado lo anterior: “(...) sea mirado desde una perspectiva general, abarcadora del extenso universo que configuran el total de casos; sea desde una perspectiva particular, reducida a aquellos que fueron presentados en juicio, el ejercicio de inducción ofrecido por los persecutores se revela del todo inútil: no es capaz de dirigir nuestro entendimiento en un determinado sentido, puesto que atendida la falta de rigurosidad en su construcción, carece de aptitud para limitar las variadas alternativas que asoman como potenciales soluciones. O, dicho de otro modo, ineficaz aparece para encerrar en si mismo, a lo menos, un principio orientador en la resolución del problema de causalidad del que debemos hacernos cargo.” (Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, rol único 0800102576-8, rol interno 38-2011)

De igual forma el Tribunal manifiesta la posibilidad de que el alimento defectuoso pudiera causar las consecuencias señaladas, pero aclara que tal suposición es una mera posibilidad y como sabemos aquello es menor que una probabilidad.

Es así como los sentenciadores señalan que en ausencia de un argumento que acreditara la relación de causalidad, el vínculo se considerará como no probado.

Es así como podemos advertir que el principal argumento para sostener la relación causal entre el consumo del producto defectuoso y los resultados traducidos en la hipokalemia por parte del Ministerio Público es la denominada “causalidad estadística” la que puede ser un símil del argumento esgrimido en Alemania respecto del caso “Contergan”.

5. CONCLUSIONES

Hemos realizado un análisis de la problemática existente respecto de la causalidad en materia de responsabilidad penal por el producto defectuoso, acentuando en las principales teorías existentes para acreditar el nexo causal de una acción u omisión con un resultados logrando establecer no sólo como una opinión de esta tesis, si no que fundamentada con doctrina y especialmente por jurisprudencia que la responsabilidad penal por los daños que causa un producto defectuoso es completamente viable, además de las eventuales indemnizaciones que se establezcan en sede civil. Quizás por esta “Sociedad de riesgos” en la que vivimos debemos estar particularmente atentos a estos problemas sobre todo porque como el tema tratado son áreas en que el Derecho como rama general anteriormente no tenía incumbencia.

Pensamos que el Derecho Penal si tiene mucho que decir en este tipo de problemáticas – entendiendo sus características fundamentales- , ya que como estudiamos en su apartado no basta con la ley civil, pues cuando el agente se encuentra lesionando no sólo bienes de carácter patrimonial, sino aquellos vinculados estrechamente con la salud de los individuos el Derecho Penal tiene mucho que decir.

Además como analizamos en la jurisprudencia el juez debe tener la capacidad y facultad de valorar libremente la prueba y para ellos será necesario valerse de todos los antecedentes que los intervinientes de un juicio le hagan llegar, por tanto no deberá ser un especialista en cada ámbito para poder resolver de la mejor manera posible. El tema de la causalidad debe ser inevitablemente probado, ya que da cuenta de las verdaderas causas que ayudaron a que existiera un resultado como en el mediático caso “ADN NUTRICOMP.”

Se hace urgente legislar sobre el tema, estableciendo a nuestro novel juicio algún tipo de agravante de la responsabilidad cuando el resultado ha sido producido por quienes deben velar especialmente por el cuidado de ciertos bienes jurídicos protegidos penalmente gracias al desempeño que realizan en nuestra sociedad, pero más urgente es que se desarrollen políticas públicas dirigidas especialmente a los productores de bienes que serán destinados al mercado para la libre disposición de los consumidores para evitar que desenlaces fatales se produzcan a nivel de epidemia.

6. BIBLIOGRAFÍA

I- General:

a. Libros:

1. CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial UC, 9ª Edición, Santiago, Chile, 2009.
2. ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago, Chile, 1998.
3. GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª Edición, Santiago, Chile, 2007.
4. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Editorial Jurídica S.A, 2ª Edición, Madrid, España, 1985.
5. LABATUT, GUSTAVO, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª Edición, Santiago, Chile, 1968.
6. POLITOFF, S., MATUS, J.P. Y RAMÍREZ, C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago, Chile, 2004.
7. ROXIN CLAUS, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Editorial Civitas, 2ª Edición, España, 1997.
8. WELZEL, HANS, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 11ª Edición, Santiago, Chile, 2011.

II- Específica:

a. Libros :

1. BARROS, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago, Chile, 2006.
2. CORRAL, HERNÁN, *Responsabilidad por productos Defectuoso, Análisis y propuestas para el Derecho civil y de consumo en Chile*, Editorial Legal Publishing Chile, 1ª Edición, Santiago, Chile, 2011.

3. JAKOBS, GÜNTHER, *Injerencia y Dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Editorial Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1º Edición, Colombia, 2001.
4. JAKOBS, GÜNTHER, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1997.
5. REYES, ALVARADO, YESID, *Imputación Objetiva*, Editorial Temis, 1ª Edición, Bogotá, Colombia 1994.
6. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, 2ª edición, España, 2002.

b. Artículos:

1. ALVARADO REYES, YESID, “Causalidad y explicación del resultado”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, N° 14 (2006), enero – marzo.
2. CORRAL, HERNÁN, “Responsabilidad Civil por productos defectuosos. Análisis desde el punto de vista de la responsabilidad de la empresa en los textos legales de protección al consumidor.” En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVII (1996).
3. De la Vega, Orlando, “La causalidad en la omisión” *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, N° 23 (2006), abril – junio.
4. HERNÁNDEZ, HÉCTOR. “El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)” [en línea]. *Política Criminal*. N° 1, 2006. A7, pp. 1-33. http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_7.pdf [Consulta: 26 de mayo 2013]
5. MARTIN, MIGUEL Y SOLÉ, JOSEP. “Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos.” [en línea]. *InDret* 1/00, p. 2. http://www.indret.com/pdf/002_es.pdf [Consulta: 01 de junio de 2013].
6. PIÑA, JUAN IGNACIO, “Causalidad e Imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho Penal” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 30, N° 39 (2003).

7. SALAS ALMIRALL, SALVADOR, “*Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro*”, en Díaz Valcárcel, Luis María (director), Cuadernos de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1994, N° XXVL.
8. SÁNCHEZ IZQUIERDO, CRISTÓBAL, “Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante.”, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 33, N° 2 (2006).

III- Tesis

1. LEAL, LORENA, “*Responsabilidad por el producto defectuoso*”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca, Talca, Chile, 2006.

IV- Legislación Extranjera

1. Directiva de la Comisión número 1999/21/CE, *sobre alimentos destinados a usos médicos especiales*, Diario oficial de las Comunidades Europeas – L 91/29 del 7 de abril, Bruselas, Bélgica, 1999.
2. Real Decreto Legislativo español número 287, *que aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Boletín del Estado Español – número 1/2007 del 16 de noviembre, España, 2007.
3. Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo número 178, *que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria*, Diario oficial de las Comunidades Europeas –L 31/1 del 28 de enero, Bruselas, Bélgica, 2002.