

Responsabilidad penal omisiva del empresario, fabricante o productor en razón a los defectos detectados o sospechados sobre el producto después de su correcta incorporación al mercado

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Penal

Presentada por

Luisa Fernanda Toro Restrepo

Asesor: Fernando León Tamayo

Maestría en Derecho Penal – Modalidad Profundización

Universidad EAFIT

Medellín

2021

Resumen

Las empresas son instituciones que tienen una gran relevancia dentro de nuestros ordenamientos, pues constituyen un factor determinante para el desarrollo económico, social, tecnológico, entre otros; lo que conlleva a que estén sujetas al cumplimiento de múltiples deberes, que, en últimas, están encaminados a orientar la forma como debe comportarse dicho ente en diferentes circunstancias e incluso frente a sus procedimientos.

Ahora bien, aun teniendo un rol fundamental, en muchas ocasiones las empresas, en vez de tener un efecto positivo, tienen una influencia negativa, al punto de que pueden llegar a ocasionar daños o efectos negativos a sus destinatarios, los consumidores, que pueden verse reflejados en su vida, salud y el medio ambiente; y en esa medida, dan lugar a que se produzca responsabilidad. Una de esas responsabilidades es la responsabilidad penal, la cual, según nuestro ordenamiento jurídico, solo podrá atribuirse a las personas físicas que hacen parte de la organización, esto es, a sus trabajadores, administradores, directivos, representantes, etc., pero no a las empresas mismas, como ente jurídico.

Por consiguiente, con la presente investigación, se pretende esgrimir una serie de argumentos, a través de los cuales se presenta al lector una postura en la que se admite la estructuración de una posición de garantía de los órganos directivos o el máximo representante dentro del ámbito empresarial, que puede extenderse a los funcionarios responsables de las medidas de seguridad del producto o del control de calidad, en aquellos eventos en los que después de introducirse en el mercado un producto, cumpliéndose con todos los deberes -acto conforme a Derecho-, se advierte o sospecha que este puede llegar a generar riesgos para la vida y/o salud de los consumidores, sin que se desplieguen ni adopten las medidas necesarias para evitar que se

concreten lesiones a los bienes jurídicos de los consumidores o para evitar que se sigan generando (medidas de salvamento).

En efecto, para desarrollar la posición de garantía que se propone, inicialmente se hará una conceptualización sobre el tópico de la omisión impropia y la posición de garante, luego se mencionarán algunas de las posturas a través de las cuales se ha fundamentado o predicado la existencia de una posición de garante respecto de los directivos o máximos representantes dentro de la empresa y para ello, deberá ahondarse, entre otras, sobre las siguientes: i) la que fundamenta la posición de garante en razón a la existencia de deberes jurídicos extrapenales (como los del ámbito civil); ii) la que soporta la posición de garante ante la existencia de un deber de protección y iii) la que establece la posición de garante en virtud de la existencia de un deber de vigilancia.

Se realizará una conceptualización de aspectos genéricos sobre la responsabilidad penal por el producto y finalmente, se desarrollarán las consideraciones que permiten fundamentar esa posición de garantía “especial o específica” del máximo órgano al interior del ámbito empresarial en aquella situación referida —introducirse adecuadamente un producto en el mercado, pero luego sospecharse o advertirse que puede poner en riesgo los bienes jurídicos de los consumidores—, las cuales resultan acordes con el ordenamiento jurídico colombiano.

Tabla de contenido

Introducción	7
Primer Capítulo. Consideraciones previas sobre la omisión y la posición de garante	18
1.1. Conceptualización de la omisión: forma de comisión de la conducta punible	18
1.2. Formas de omisión	23
1.2.1. Omisión propia.....	25
1.2.2. Omisión impropia o comisión por omisión	28
1.2.3. Toma de postura.....	34
1.3. Estructura general de la omisión	36
1.4. Posición de garante	38
Segundo Capítulo Posturas que fundamentan la posición de garante de los directivos o máximos representantes dentro del ámbito empresarial y que puede extenderse a los funcionarios responsables de las medidas de seguridad y/o control de calidad, en los eventos de responsabilidad penal por un producto defectuoso	54
2.1. Postura que fundamenta la posición de garante del miembro directivo o representante legal en razón a la existencia de deberes jurídicos extrapenales como los del ámbito civil.....	60
2.2. Postura que fundamenta la posición de garante del miembro directivo o representante legal en razón a la existencia de un deber de protección	63
2.3. Las que fundamentan la posición de garante del miembro directivo o representante legal en virtud de la existencia de un deber de vigilancia	64
2.3.1. Las que requieren un comportamiento previo:	65
2.3.2. Las que renuncian al comportamiento previo	68
2.4. Sobre la posición de garante en el ámbito empresarial (Enrique Gimbernat Ordeig)	73
2.5. Posición de garantía del empresario (Juan Antonio Lascuraín Sánchez)	76
2.6. En relación con la comisión por omisión en el ámbito empresarial (Iván Fabio Meini Méndez)	77
2.7. Posición de garante del fabricante (Carmen Juanatey Dorado)	78
Tercer Capítulo Consideraciones generales sobre la responsabilidad penal por producto defectuoso	85
3.1. Qué se entiende por responsabilidad penal por producto defectuoso	85
3.2. Origen de la responsabilidad penal por el producto defectuoso	88
3.3. Bloques de la responsabilidad penal por el producto defectuoso	90
3.4. Defectos en los productos que dan lugar a estructurar una responsabilidad penal	91
Cuarto Capítulo Posición de garantía del órgano directivo o del máximo órgano dentro del ámbito empresarial en los eventos de riesgo de desarrollo. Que igualmente, puede hacerse extensiva a los funcionarios encargados de las medidas de seguridad o control del producto.....	96

4.1. La empresa	96
4.2. Fundamento de la posición de garante que se adopta	98
4.2.1. Primer argumento (de tipo formal): fundamento de la posición de garantía en la constitución y/o la ley	101
4.2.2. Segundo argumento (de tipo material): ámbito de competencia, rol	106
4.3. Escenario de riesgo de desarrollo	111
4.4. Posibilidad de extender la posición de garantía al funcionario (profesional, experto) encargado del proceso de producción, de las medidas de control y/o seguridad del producto	114
Conclusiones	118
Bibliografía	121

Lista de tablas

Tabla 1. <i>Fuentes formales</i>	42
Tabla 2. <i>Nuevos criterios</i>	45
Tabla 3. <i>Posiciones de garantía</i>	51
Tabla 4. <i>Caso Lederspray. Posición de garantía</i>	57

Introducción

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, Colombia adoptó un modelo de Estado social de derecho, lo que trajo consigo, entre otros múltiples cambios, la introducción e implementación dentro del ordenamiento jurídico de un sistema de economía social de mercado que “reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2017 y Sentencia C-228 de 2010), la cual debe de cumplir con unos fines constitucionalmente establecidos y de ese modo, contribuir al interés general.

Partiendo entonces del hecho de que en el sistema de economía social de mercado que opera en nuestro ordenamiento jurídico, la empresa y por ello, la iniciativa privada, cumple un papel protagónico; surge acá un primer cuestionamiento y es el relativo a qué es o qué se entiende por empresa. Para tal efecto, resulta necesario traer una primera definición general que la encontramos en el Diccionario de la Lengua Española (DLE), en el que se señala que la empresa es una “unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos” (RAE, s.f.), que generalmente se constituye bajo la forma de una persona jurídica, “figura societaria con estructura mercantil” (Pozo, 2020, p. 132), que está facultada para ejercer derechos y contraer obligaciones.

A la luz de nuestro ordenamiento jurídico y desde una perspectiva general, en relación con la conceptualización de la empresa se puede señalar lo siguiente:

- i.) La Constitución Política en su artículo 333 inciso tercero nos describe a la empresa como la base del desarrollo, precisando que cumple una función social, frente a la que se derivan obligaciones.

ii.) El Código de Comercio (CCo) contenido en el Decreto 410 de 1971, contempla en su artículo 25 el concepto de empresa, definiéndola de la siguiente manera:

ARTÍCULO 25. EMPRESA - CONCEPTO. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio. (CC, Decreto 410 de 1971)

Por otra parte, desde la jurisprudencia constitucional, se tiene que en la Sentencia C-265 de 2019, se realizó un breve recuento sobre la conceptualización de la empresa y su relevancia constitucional, resaltándose de dicha providencia (i.) el hecho de que se considera a la empresa como una institución económica fundamental, con un compromiso social vinculado a la generación de bienestar, lo que inexorablemente garantiza la dignidad humana; y (ii.) que es una entidad dirigida principalmente por un sujeto jurídico que ejerce libertades económicas relativas a la producción e intermediación de bienes y servicios, cuyo fin está encaminado a producir una rentabilidad, pero a su vez satisfacer necesidades personales y colectivas, con lo que, finalmente, se promueve ese bienestar.

Las empresas entonces vienen siendo entes de gran relevancia y determinación para la economía del país; sin embargo, su influencia no se restringe a dicho ámbito (el económico), pues tienen incidencia en otros sectores como el social, el cultural, tecnológico, en cuanto a la creación de fuentes de empleo, entre otras; sin olvidar que tienen a su cargo una función social de la que se derivan obligaciones de diferentes tipos.

En ese sentido, el ámbito empresarial no es tampoco un ente en el que únicamente se gestionen y controlen cuestiones de carácter económico: oferta y demanda-producción, impuestos y contribuciones, sino que a dicha unidad organizativa están vinculadas otras situaciones de diferente naturaleza, como por ejemplo, de **tipo mercantil**: acciones, socios,

asambleas; de **tipo contractual**: proveedores; de tipo corporativo: imagen, reputación, definición y delimitación de funciones de los empleados, organigrama (nivel de jerarquía), personal, procesos de calidad, implementación de políticas internas, relaciones etc.; **de tipo jurídico**: pólizas, permisos, licencias, trabajadores, riesgos, uso de materias primas peligrosas, explotación de recursos naturales, Sagrilajt; entre muchos otros; que deben ser objeto de regulación, observación y vigilancia. Y es ante la confluencia de esas múltiples situaciones e incluso, de otras que pueden llegar a presentarse, que se predica de las empresas que son organizaciones complejas, en las que deben controlarse y regularse esas varias situaciones y otras que lleguen a presentarse, de cara a cumplir con los propósitos y fines constitucionales y legales.

Esas circunstancias que se presentan o pueden llegar a presentarse al interior de las empresas, además de tener que ser objeto de regulación y control, dan lugar a que se formulen cuestionamientos, o mejor, interrogantes desde diferentes ámbitos del conocimiento. Y uno de esos cuestionamientos que puede suscitarse desde el ámbito del Derecho Penal podría ser el siguiente: partiendo del supuesto de que la empresa es una unidad organizativa, compleja y constituida generalmente como persona jurídica, ¿a quién de los sujetos miembros de esa unidad organizativa (empleados, miembros de la junta directiva, supervisores, representante legal, etc.) podría llegársele a atribuir un resultado lesivo sobre bienes jurídicos de terceros, que se genere en o con ocasión del desarrollo de la actividad empresarial?

Ese interrogante, aunque genérico, tiene una relación directa con el tema que será objeto de análisis, por lo que resulta relevante mencionarse y esgrimirse las siguientes consideraciones previas, en la medida en que, esas consideraciones, también sirven como soporte o cimiento de la posición que se pretende presentar en el presente texto:

- Inicialmente, debe señalarse que, desde nuestro ordenamiento jurídico, más específicamente, desde el Código Civil (CC)¹, se define a las personas jurídicas como entes ficticios, facultados para ejercer derechos y contraer obligaciones, con posibilidades de ser representadas judicial y extrajudicialmente; actos que necesariamente deben efectuarse a través de personas naturales.

Sin embargo, por otra parte, está el ordenamiento jurídico penal, pero más específicamente, el proceso penal, cuya finalidad principal radica en determinar la responsabilidad penal personal e individual de un sujeto, lo que conlleva el análisis y juzgamiento de hechos realizados directamente por una persona con capacidad de acción y culpabilidad, esto es, a la que pueda formularsele reproche por su actuar en particular.

De modo que, con fundamento en la definición normativa que sobre la persona jurídica nos trae el Código Civil, el límite de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico (personal e individual) y aunado a ello, las principales razones que se han esgrimido dogmáticamente para negar la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas²; es que se manifiesta en el presente trabajo, que se parte de la postura que no admite a las empresas constituidas como personas jurídicas como sujetos directos de responsabilidad penal y muchos menos como sujetos a los que pueda imponérseles una pena.

- Pero, es con fundamento en esa imposibilidad de atribuir responsabilidad al ente ficticio que, ante la comisión de una conducta que lesione bienes jurídicos de terceros en y con ocasión del desarrollo de la actividad empresarial, que deberá identificarse cuál o cuáles fueron los

¹ “**Artículo 633. Definición de Persona Jurídica.** Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

² Según Trespalacios (2021): “Los principales argumentos en contra de la responsabilidad penal de la Empresa, desde su perspectiva dogmática, se centran en cuatro grupos principales, sin que se descarten otras discusiones, estos son: su inexistencia como sujeto real y sus incapacidades de acción, culpabilidad y de ser castigado en sentido penal” (p. 218).

sujetos que dieron lugar a la misma, bien porque tenían a su cargo un deber específico y lo omitieron, fueron imprudentes o bien porque así lo querían.

Por consiguiente, cuando se utilice la expresión fabricante o productor durante el desarrollo de este escrito deberá entenderse que se está haciendo alusión a los miembros de la junta directiva o al máximo representante dentro del ámbito empresarial, pues además de ser quienes cuentan con capacidad de acción y culpabilidad, y puede atribuírseles responsabilidad penal, es sobre ellos frente a los que puede estructurarse una posición de garantía por su poder de mando, sus conocimientos a profundidad sobre la unidad organizativa y porque en cabeza de ellos se encuentra el cumplimiento de los deberes propios de la empresa. Pero, no puede pasarse por alto en este acápite, el hecho de que algunas empresas o unidades organizativa desarrollan productos de alta sensibilidad, que implican el empleo de materias primas peligrosas y/o el uso de recursos naturales, que los obliga a contar con personal profesional experto y calificado, que se encargue de verificar el proceso de producción, de calidad, entre otros, y sobre tales profesionales, dependiendo del evento en particular, podrá también predicarse una posición de garantía, en atención a sus conocimientos técnicos (avanzados) y en cierta medida, su dominio respecto del producto.

Expuesto lo anterior, deben mencionarse otras cuestiones adicionales e importantes para el tema objeto de análisis, que igualmente sirven como cimiento de la postura que se pretende presentar.

Una de esas cuestiones es la relativa a que nuestras sociedades actuales (posindustriales) se catalogan, según lo denominó el sociólogo Ulrich Beck (1986), como “sociedades de riesgos”, cuya característica principal es, además de la creación de marcos económicos cambiantes a gran velocidad, la presencia de múltiples transformaciones tecnológicas y científicas, que aunque

contribuyen a incrementar el bienestar individual e incluso colectivo, a su vez acarrear situaciones riesgosas o incluso llevan efectos negativos a sus destinatarios. Lo que, desde la perspectiva del derecho penal, no puede ignorarse. Ese riesgo que se predica de las sociedades (actuales) tiene origen en lo humano, en la medida en que son las personas quienes toman las decisiones y están al frente de los desarrollos tecnológicos y científicos, sin que pueda desconocerse que esos desarrollos pueden llevarse a cabo incluso al interior de una unidad organizativa (en la que claramente interviene la mano del hombre) y, que igualmente, pueden exponer a amenazas y a riesgos a los consumidores o usuarios.

Pero es también cierto, tal como lo señala Molina (2018), que en la sociedad de riesgo (nuestras sociedades actuales), prima la automatización de los procesos, los espacios de interacciones, además de ser más intensos son limitados y restringidos; y la omisión como conducta negativa, que manifiesta un no hacer, toma relevancia [incluso en el ámbito empresarial como forma admisible de atribuir responsabilidad a los altos mandos de la unidad organizativa] y es utilizada por los legisladores modernos para recordar que “el ser social no solamente tiene deberes de hacer sino, también, y tanto o más importante, si se quiere, de no hacer” (Molina, 2018, p. 37).

Otra de esas cuestiones que resulta necesario mencionar, pero que igualmente está unida a la que antecede y al criterio de la complejidad que se predica de las empresas, es la atinente a que respecto de las empresas, principalmente las que producen o fabrican productos, se debe tener en cuenta que: i) si bien al producir o fabricar un producto se satisfacen necesidades, también se puede llegar a exponer a los consumidores o usuarios finales a ciertas amenazas o riesgos de lesiones en cuanto a sus bienes jurídicos, principalmente el de la vida e integridad, y salud, pues el desarrollo de la actividad de producción o fabricación exige o requiere la

intervención de la mano del hombre, la toma de decisiones (relevantes por su parte), la implementación de nuevas tecnologías o incluso desarrollos científicos; pero además de eso, porque durante el proceso de producción se puede llegar a tener interacción con factores relevantes de diferente naturaleza, como podría ser el medio ambiente, la utilización de recursos naturales o el uso de materias primas peligrosas, entre muchas otras; lo que ii) necesariamente permite predicar que, las empresas que producen o fabrican un producto, cualquiera sea, constituyen en sí mismas una fuente de riesgo, que debe ser objeto de constante vigilancia y frente a la que deben adoptarse las medidas necesarias (en los eventos de riesgo inminente o de efectiva materialización del riesgo sobre bienes jurídicos de terceros).

Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista que al interior de las empresas durante el desarrollo propio de la actividad empresarial o de la explotación de la industria (producción de algún producto) se pueden configurar o presentar prácticas, que pese a resultar estratégicamente adecuadas, se ubican entre los límites de lo legal e ilegal, pudiendo desencadenar en comportamientos con consecuencias de tipo económico o en conductas de tipo delictivo, propias del derecho penal económico y de la empresa; pero adicional a ello y no menos importantes, esas prácticas (que incluso reiterativas) al interior de las empresas pueden configurar riesgos de inminente lesión sobre bienes jurídicos de gran trascendencia para el ordenamiento jurídico como lo son el de la vida, integridad y salud de los consumidores, a las que igualmente deberá hacerseles frente.

Del mismo modo, resulta de vital importancia mencionar un aspecto adicional y es el relativo a que las empresas, en términos generales, incluidas las que fabrican bienes o productos, están obligadas a cumplir múltiples deberes, estos últimos que son los que orientan y determinan la forma en como deben de comportarse las unidades organizativas en el ámbito en el que operan

frente autoridades y terceros; admitiéndose entonces, que las empresas (en su mayoría personas jurídicas, aunque no se excluyen las de las personas naturales), inequívocamente tienen en cabeza suya múltiples deberes de diferente naturaleza, niveles y carácter (general y específicos), dentro de los cuales se pueden ubicar los que están encaminados a evitar daños a la colectividad, a los clientes, usuarios y/o consumidores e incluso al medio ambiente y al Estado; deberes cuyo seguimiento y cumplimiento necesariamente se encuentran a cargo de ciertos individuos al interior de la empresa, dígase por ejemplo de los miembros de la junta directiva, del representante legal, del oficial de cumplimiento o de los profesionales encargados de la calidad o proceso de producción del producto.

En ese sentido, al interior de las empresas, siempre habrá individuos en concreto que estarán a cargo del cumplimiento y seguimiento de uno o varios de los deberes que estén en cabeza de la unidad organizativa, de tal manera, que son a esos individuos frente a los que es posible llegar a predicar una posición de garantía y ello, en la medida en que tienen una capacidad o porque convergen en una situación en la que son ellos los únicos que pueden llegarse a encargar de la misma. De modo que, inevitablemente la posición de garantía es una cuestión que está atada a la existencia de un deber de por medio³, el cual, desde una perspectiva general y desde el ámbito jurídico-penal de la comisión por omisión, puede ser: i.) un deber de protección en concreto de algún bien jurídico o ii.) el deber de vigilancia de una fuente de riesgo (determinada).

Así las cosas, y con fundamento en todo lo que se ha manifestado hasta este momento, puede anticiparse que:

³ Molina (2018) señala que la “Posición de Garante es aquella situación o condición que conjuga u observa una persona determinada, por razón de la cual debe proteger el bien jurídico cuyo cuidado se le ha confiado (garante de protección) o, en otro sentido, debe mantener **vigilada** (y control) sobre una fuente de riesgo determinada (garante de vigilancia), en pos de evitar la producción de un resultado típico” (p. 53).

- i) Se considera que los miembros de la junta directiva y/o el representante legal, e incluso los profesionales con conocimientos técnicos y profesionales, encargado de la calidad y el proceso de producción de los productos, son quienes tienen a su cargo el cumplimiento y seguimiento de los principales deberes que se encuentran en cabeza de la empresa y que están encaminados a evitar daños o lesiones a bienes jurídicos de terceros como consumidores y al medio ambiente; por su poder de decisión, control y dominio sobre el producto o de otro modo, por su ámbito de competencia.
- ii) Al considerar a la empresa como una fuente de riesgo en sí misma, cualquiera sea el producto o bien que fabrique, se estima que al ser los miembros de la junta directiva y/o el representante legal, o los profesionales encargados de la calidad o el proceso de producción del producto (dependiendo de la situación), quienes tienen a su cargo el cumplimiento de los deberes de la unidad organizativa, encaminados a evitar daños sobre bienes jurídicos de terceros; es respecto de ellos frente a los que puede llegarse a predicar una posición de garantía, en tanto que, finalmente, son ellos los que tendrían ese deber de vigilancia (exhaustivo) sobre la fuente de riesgo y el deber de intervención en todas aquellas situaciones de riesgo inminente o de lesión efectiva sobre bienes jurídicos, de cara a evitar que se sigan presentando.

Ahora bien, aun cuando las empresas al producir un bien tienen a su cargo una fuente de riesgo y su respectiva vigilancia, no se puede evitar considerar que, al interior de nuestras sociedades modernas, esa actividad de producción es una actividad necesaria y no solo lo es desde una mirada económica sino también desde la satisfacción de necesidades. Aunque, tampoco puede resultar extraño que después de introducirse en el mercado algún bien o producto, se advierta o incluso sospeche que está ocasionando riesgos para la salud de los

consumidores, debiéndose adoptar las medidas de salvación necesarias relacionadas con los respectivos bienes jurídicos de los consumidores, bien para evitar que se materialicen daños sobre estos o bien para evitar que se sigan produciendo, en cuyo caso, se tratarán de deberes de salvación (específicos); deberes que en todo caso, estarán en cabeza de los órganos de dirección de la empresa o del representante legal y en algunos casos, del personal profesional del proceso de calidad o de producción, por ser ellos quienes además de tener un manejo y poder de decisión sobre la empresa, tienen un dominio y mayores conocimientos (particulares) en cuanto al producto, o de otro modo, por su ámbito de competencia frente al producto.

Contando entonces con las precisiones previas, para presentar la postura en la que se admite que puede llegársele a atribuir responsabilidad penal en comisión por omisión a los órganos directivos (miembros de la junta directa y/o representante legal de una empresa) o incluso, a los funcionarios responsables de las medidas de seguridad o control del producto (según el caso), en aquellos eventos en los que después de haberse introducido correctamente en el mercado un producto o bien —cumpliéndose con todos los deberes del caso—, se advierte o se sospecha que puede llegar a generar riesgos para la vida y salud de los consumidores, sin que se desplieguen o adopten las medidas de salvamento respectivas, será pertinente inicialmente, realizar una conceptualización sobre el tópico de la omisión, pero principalmente haciendo énfasis en el elemento estructurante de la posición de garante. Luego, deberán relacionarse y abordarse algunas de las posturas doctrinarias que se han ido desarrollando y han planteado el fundamento que da lugar a predicar la existencia de una posición de garante respecto de los directivos o funcionarios responsables de las medidas de seguridad y/o control de calidad del producto; para pasar a hacer mención sobre aspectos genéricos relativos a la responsabilidad penal por el producto defectuoso (RPPD), partiendo de la propuesta de investigación que se

expone en el presente escrito. Y finalmente, presentar los fundamentos/razones de la posición de garantía que se propone, los cuales resultan acordes con nuestro ordenamiento jurídico

Primer Capítulo.

Consideraciones previas sobre la omisión y la posición de garante

1.1. Conceptualización de la omisión: forma de comisión de la conducta punible

Antes de abordar propiamente el tema de la omisión impropia y por esa vía, la posición de garantía, es relevante y útil para el análisis que aquí se propone, realizar una breve conceptualización o incorporación de una serie de consideraciones teóricas (previas) en torno a la omisión como forma (posible) de realizar la conducta penalmente relevante y en consecuencia, deberá iniciarse la exposición mencionando que en la dogmática penal e incluso en nuestro ordenamiento jurídico-penal se han contemplado dos posibilidades de ejecución de la conducta punible, a saber, una positiva que conlleva un hacer y una negativa (y menos frecuente, pero problemática), que implica un no hacer; siendo esto, lo que precisamente consagra el inciso primero del artículo 25 del Código Penal (CP), contenido en la Ley 599 de 2000 que establece que “la conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión”

La conducta que se realiza por acción no presenta mayores inconvenientes desde la perspectiva de su comprensión teórica, pues tal como se refirió, requiere de un hacer, esto es, que se realice en el mundo fenoménico una conducta que se encuentre como prohibida en el ordenamiento jurídico penal.

En la omisión, el individuo desatiende un deber jurídico, que además de estar en cabeza suya, estaba en posibilidad de ejecutarlo; siendo una forma de realización de la conducta en la que se presentan varias variantes, pero a su vez exige la satisfacción de ciertos supuestos o presupuestos, de cara a que sea posible la atribución de responsabilidad penal. Y es de esta forma de realizar la conducta que se derivan los tipos penales omisivos.

Sobre la distinción entre la omisión y el hacer positivo (acción), como formas de realizar la conducta punible, Jescheck (2002) establece lo siguiente:

Las normas jurídicas o son normas de prohibición o preceptivos. Mediante las primeras se veda una acción determinada; la infracción jurídica consiste en la realización de la norma prohibida. A través de las segundas es ordenada una acción concreta; la infracción jurídica consiste en la omisión de ese hacer. **Todos los delitos omisivos son infracciones de las normas preceptivas.** (p. 648) (negritas propias del texto).

Por otra parte, Mir Puig (2006) refiriéndose a la diferencia existente entre acción y omisión como formas en las que puede tener lugar la acción penal, señala que:

En cuanto a su **estructura**, mientras que los tipos de acción se realizan si se efectúa la conducta que describen, los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista —en absoluto es necesaria la pasividad—. Por lo que afecta al distinto **significado normativo** de los tipos de acción y de omisión, mientras que los primeros (tipos de acción) son la base de la infracción de una norma prohibitiva de una intervención activa indeseable por su nocividad, los segundos (tipos de omisión) son la base de la infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable. El injusto del delito de acción consiste en una intervención activa nociva que en principio una norma prohíbe; el injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva. (p. 309) (negritas propias del texto).

Frente a la disimilitud entre acción y omisión señala Aráuz Ulloa (2000), incluso haciendo referencia a otros autores como Silva Sánchez y Luzón Peña, lo siguiente:

Tradicionalmente, la doctrina ha tratado los delitos de omisión en oposición a los delitos de acción de manera que, al referirse a ambas formas de comportamiento, parece oponerlas como si fueran formas de conducta distintas. De hecho, en un inicio la omisión se elaboró en base a

criterios ontológicos. De esta manera la concebía como la no acción (*non facere*): si la acción consistía en un movimiento corporal (*facere*) orientado a la consecución de un resultado externo, la omisión era lo contrario, la inactividad, la ausencia de movimiento.

Estudios posteriores demostraron, que en la mayoría de los casos, la conducta activa es la base de los delitos de omisión, y que la inmensa mayoría de estos delitos se realizan mediante acciones, movimientos positivos o actividades positivas y solo en casos bastante raros y aislados, el delito de omisión se realiza a través de conductas estrictamente pasivas, por inactividad o inmovilidad total del sujeto (Luzón Peña, 20002, 248-249). Este planteamiento trajo como consecuencias la imposibilidad de reducir la diferenciación entre acción y omisión a criterios ontológicos, pues los conceptos de acción y omisión lejos de oponerse, se sitúan en niveles sistemáticos distintos (Cfr. Silva Sánchez, 1994:13). De ahí que, para el Derecho penal, lo importante no es la acción realizada sino la acción omitida. Es decir, la exigida y esperada por la norma. Por ello, el concepto de omisión debe construirse con ayuda de criterios normativos en donde las acciones humanas se contemplen desde la perspectiva del Derecho penal.

Desde el punto de vista normativo, las diferencias han de ser establecidas entre delitos comisivos y delitos omisivos. En consecuencia, queda establecido que mientras en los delitos omisivos (de omisión) se incumple una norma imperativa que manda a actuar, o a llevar a cabo una determinada actuación positiva, en los delitos comisivos (de acción) se infringe una norma que prohíbe la realización de una determinada conducta. (Aráuz Ulloa, 2000, pp. 32-33).

Después de reseñarse sucintamente desde un punto de vista doctrinario la diferencia entre ambas formas (posibles) de realizar la conducta penalmente relevante, esto es acción y omisión, se considera igualmente válido, aunque sin extenderse en ello, traer a colación un pronunciamiento jurisprudencial, más específicamente, de nuestra Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de noviembre de 2007, con ponencia del Dr. Julio

Enrique Socha Salamanca (Rad. 28107) en el que se explicaron las dos formas en las que se puede realizar una conducta punible:

De la conducta punible. El comportamiento delictivo puede consistir en una acción positiva que determina una variación en el mundo exterior, pero también puede derivarse de una acción negativa, es decir, de índole omisiva, así definida por el legislador al incluir taxativamente el deber, cuyo incumplimiento se sanciona independientemente del resultado (omisión propia), como ocurre con los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros.

No obstante, hay ocasiones en que el resultado producido con una conducta activa por antonomasia, es conseguido a través de una omisión, esto es, de un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley (omisión impropia o comisión por omisión), para lo cual se utiliza por regla general la fórmula de las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Hoy, la acción no se identifica con un movimiento muscular como transformador del mundo físico, sino desde un punto de vista normativo, así también se entiende el comportamiento omisivo del cual se entra a verificar el nexo de evitación, esto es, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado. (Corte Suprema de Justicia, Rad. 28107).

Dejando de lado el aspecto básico relativo a las formas en cómo se puede cometer una conducta que resulte relevante para el ámbito jurídico-penal, se pasará entonces de lleno a abordar una de esas formas, que es la que toma relevancia para el asunto objeto de análisis que se propone, y es la omisión, modo de ejecutar la conducta que ha suscitado amplias polémicas y discusiones, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.

En consecuencia, pero principalmente para efectos ilustrativos y desde un punto de vista doctrinal, se tiene que podemos distinguir entre dos grupos de autores, el primero de los cuales estaría conformado por Silva Sánchez⁴, Rodríguez Mesa⁵ y Forero⁶, quienes parten del supuesto de que la omisión como forma de realización de la conducta punible consistente en la no realización de un acto en concreto, el cual estaba encaminado a salvaguardar o evitar la lesión sobre un bien jurídico. Y el segundo de los grupos, estaría compuesto por Muñoz Conde⁷, Gimbernat⁸ y Reyes Echandía⁹, quienes se limitan a sostener que la omisión como forma de ejecutar la conducta punible se restringe a un no hacer cuando se tenía el deber jurídico de hacer

No obstante, la consideración que viene de referirse sobre la omisión como subclase o forma de ejecutar una conducta punible se tiene que la manera cómo ha sido abordada por la

⁴ Para Silva (1986) la omisión como forma de realización de la conducta penalmente relevante “consiste en la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico” (p. 306).

⁵ Para Mesa Rodríguez (2013) la omisión viene siendo:

El comportamiento pasivo consistente en la no evitación o neutralización de un proceso causal abocado a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el tipo cuando sobre la base de alguna norma se esperaba que el sujeto actuara. (p. 409)

⁶ Forero (2002), por su parte, sostiene que la omisión es “aquella clase de comportamiento pasivo que manifiesta un sujeto al que el ordenamiento jurídico le ha ordenado actuar en una situación determinada y respecto de un bien jurídico concreto” (p. 20).

⁷ Para Muñoz Conde (2004) la omisión consiste en lo siguiente: La omisión penalmente relevante, a nivel de tipo de injusto del delito, es la omisión de la acción esperada.

De todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, al ordenamiento jurídicopenal solo le interesa aquella que espera que el sujeto haga (auxiliar, socorrer, impedir que se cometa un delito, etc.), porque le impone el deber de realizarla.

El delito omisivo consiste, por tanto, siempre en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar. El delito de omisión es, pues, siempre estructuralmente un delito que consiste en la infracción de un deber jurídico (...). (p. 24)

⁸ Para Gimbernat (1987) la omisión es:

Una especie del género no hacer, especie que viene caracterizada por que, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) solo aquellos que merecen un juicio axiológico normativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer, o, con otras palabras. La diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la que consiste en un no hacer desvalorado. (pp. 579-580)

En síntesis, dicho autor define la omisión como:

Aquel comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara. Ciertamente que además de esta característica conceptual de tratarse de la no realización de una acción esperada, la omisión tiene otros requisitos; pero todos ellos pertenecen ya al género. (Gimbernat, 1987, p. 583)

⁹ Para Reyes Echandía (2004), la omisión “es aquella modalidad de la conducta que consiste en un no hacer (hipoactividad) cuando se tenía la obligación jurídica de actuar”

doctrina y la jurisprudencia no ha sido unánime, lo que ha generado múltiples discusiones que han ocupado importantes espacios, y a su vez han conllevado a que a la fecha no se cuente con posturas, teorías o criterios lo suficientemente consolidados. Incluso, Enrique Gimbernat Ordeig, en su artículo: “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, de 1997¹⁰, señaló que la dogmática de la omisión y, por consiguiente, la de los delitos de omisión se encontraba en sus orígenes; sin embargo, no puede desconocerse que ya han transcurrido más de 20 años desde dicha apreciación y a hoy se han ido desarrollando importantes trabajos sobre este tópico, pues viene tomando mayor relevancia en varios escenarios, desde el punto de vista práctico, e incluso desde los pronunciamientos emitidos por diferentes Tribunales Penales a nivel mundial, que generaron y aún generan grandes e importantes polémicas jurídicas e interpretativas, como por ejemplo el caso Lederspray, que tuvo lugar en Alemania

En consecuencia, con el presente acápite lo que se pretendía era presentar un acercamiento teórico general sobre la omisión como forma alternativa de cometer una conducta generadora de punibilidad, de cara a pasar con el siguiente tema relativo a la clasificación o a las formas en las que se puede dar la omisión.

1.2. Formas de omisión

Se ha admitido ampliamente, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, que la omisión puede clasificarse de dos formas: una, la omisión propiamente dicha o también, y mejor conocida por algunos doctrinantes como omisión pura, y otra, la omisión impropia o para algunos autores como comisión por omisión (esta última es la que tiene importancia para el

¹⁰ “Pues en la dogmática de los delitos de omisión «no se puede desconocer que aquí, frecuentemente, todavía nos encontramos en los comienzos», que tal «dogmática de los delitos de omisión que equivalen a una comisión ... no ha madurado en modo alguno como pudiera parecer a primera vista, sino que, en realidad, “no ha salido de los pañales”», ya que, «después de intentos esfuerzos de décadas, ... ni la jurisprudencia ni la doctrina han conseguido alcanzar una solución dogmáticamente satisfactoria sobre la cuestión de cuando debe ser imputado objetivamente al omitente un resultado injusto realizado mediante omisión»” (Gimbernat, 1997, pp. 6-7).

presente estudio). Y para cada una de estas formas se han desarrollado diferentes criterios a partir de los cuales se distinguen.

Frente a las dos formas en las que se clasifica la omisión (propia o impropia), Jescheck (2002) sostiene lo siguiente:

La distinción se remota a Luden. Este autor dividió la esencia de los delitos de omisión propia en que consistían sencillamente en la contravención de un mandato, no encontrándose dirigidos a la lesión de derecho subjetivos ajenos; en cambio, lo característico de los “delitos que son cometidos a través de acciones omisivas” es su dirección hacia la lesión del bien jurídico. El carácter “impropio” del segundo grupo reside según ello en que aquí el autor no se limita a una pura rebeldía, sino que por medio de su inactividad realiza un resultado que, normalmente, es ocasionado a través de un hacer positivo. De acuerdo con este punto de vista, pues, los delitos de omisión impropia son “auténticos” delitos de comisión (p. 652).

Con fundamento en una de las cuestiones mencionadas por Jescheck, más específicamente la atinente a Luden, autor al que podía atribuirse la clasificación entre omisión propia e impropia, se agrega una consideración complementaria, mencionada por Andrade Castro (2011):

La opinión dominante señala a HEINRICH LUDEN como el autor que acuñó la distinción entre omisión propia y omisión impropia (1836-1840), esfuerzo al que se sumaron las elaboraciones de AUGUST OTTO KRUG (1855) y JULIUS GLASER (1858), tendientes en conjunto a diferenciar nítidamente estas dos sub-categorías del delito omisivo. (p. 480)

Por otra parte, y bajo la postura de Silva (1986), se admite que la diferencia de la omisión propia (para él, mejor denominarla pura) y la omisión impropia (para él, mejor denominarla en comisión por omisión), radica en que, si bien en ambos tipos no se realiza una prestación positiva de salvaguarda, el fundamento material de cada una es diferente:

Dentro de las omisiones, tampoco es posible olvidar la significativa diferencia político-criminal existente entre omisiones puras como las de socorro y denuncia (o impedir determinados delitos), y los supuestos de comisión por omisión (“omisiones impropias” en la terminología dominante alemana). Si en ambos casos se trata de la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda, es, sin duda, diversa la fundamentación material de la exigencia de tal prestación. En las omisiones puras mencionadas, se halla la vigencia de un principio solidarístico; en las otras, se advierte al pronto la existencia de una base funcional específica. De ahí que también la exigibilidad, de admitirse su operatividad en la esfera típica, deba entenderse de modo necesariamente diferente en uno y otro caso. (Silva, 1986, p. 306)

Sobre la diferenciación entre ambos tipos de omisión, Mir Puig (2006) sostiene inicialmente que:

1. A) De la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación de un resultado. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de **omisión pura**, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de **comisión por omisión**. (p. 312)
(negrillas propias del texto)

Ahora bien, teniendo en cuenta lo manifestado por los doctrinantes en relación con la diferencia entre una u otra forma de omisión, se pasará a referirse de forma concreta sobre cada una de ellas y algunos de los criterios que se han esgrimido para distinguirlas.

1.2.1. Omisión propia

Inicialmente, podría admitirse que se refiere a los tipos penales en los que el legislador estableció expresamente como forma o modalidad de la conducta la omisión, es decir, tiene que ver con los tipos penales en los que se señala que la “realización en el mundo fenoménico, parte

de una omisión, esto es, de que una persona (determinada...) deje de hacer algo (que debía hacer...)" (Molina, 2018, p. 37).

En ese sentido, según este primer criterio de distinción (la consagración expresa), la omisión propia es aquella que se establece como tipo penal al interior de la normatividad penal o de otro modo, está tipificada en los ordenamientos jurídicos penales, lo que en últimas admite una estrecha relación con el principio de legalidad.

El criterio de la tipificación o consagración expresa de la omisión dentro del ordenamiento jurídico puede avizorarse en la definición que para tal fin plantea Baumann (1981), quien señala que los delitos de omisión propia son aquellos en que "se infringe una norma preceptiva mediante omisión" (p. 137). Y a renglón seguido establece que "en los delitos propios de omisión, la omisión es típica si corresponde a la descripción del tipo, o sea, si hay una inactividad, aunque la situación señalada en él exige que el autor actúe" (p. 137).

Sin embargo, el criterio referido de tipo formal (tipificación o consagración expresa en el ordenamiento jurídico penal) no ha sido el único que se ha establecido para definir a la omisión propia y por esa vía, diferenciarla de la impropia, como que, también, se ha acudido a otro criterio y es el tocante a si debe exigirse o no que se produzca un resultado y es con fundamento en este último, que se considera a la omisión propia como un tipo penal de mera conducta, en el que se parte del supuesto de que se configura el actuar omisivo (propio) cuando "se castiga el hecho de no realizar la conducta debida, independientemente de que se produzca o no un resultado de lesión o de peligro para un bien jurídico" (Rodríguez Vázquez, 2019, p. 84).

Este último criterio, utilizado para definir a la omisión propia y, por ende, diferenciarla, se avizora claramente en la definición desarrollada por los siguientes doctrinantes:

a) Gimbernat (1997), señala que: “Con la expresión omisión propia se quiere poner de relieve que aquí sí que estamos ante inactividades en sentido estricto que no pueden ser puestas en conexión por tanto, con lesión alguna” (p. 11).

b) Aráuz Ulloa (2000), señala lo siguiente:

Omisión propia es aquella omisión en la que se castiga la no realización de la conducta mandada. En esta clase de delitos «solo se responde de la no realización de una conducta debida” (Luzón Peña, 1990:183)», siendo indiferente si tal abstención pudiera o no haber evitado el resultado, pues se castiga al sujeto por su no actuación, por no haber llevado a cabo lo que tenía que haber hecho en tanto una norma exigía su actuación.

El fundamento que se maneja en los casos de omisión pura es que la omisión no produce el resultado, porque lo que causa el resultado es un factor externo. En este sentido se puede decir que la conducta típica en los delitos de omisión propia se concreta en la no realización de la acción impuesta para neutralizar el peligro que amenaza al bien jurídico protegido. (Aráuz Ulloa, 2000, p. 34)

c) Rodríguez Mesa (2013), sostiene que: “Frente a las omisiones propias, en las que el tipo de delito no requiere la producción de resultado material alguno trascendente al no actuar” (p. 409).

Los criterios referidos pareciesen ser los más empleados por los doctrinantes para referirse a la omisión propia, sin que sea óbice para que también se puedan llegar a encontrar otros.

Por otra parte, también se advierte que algunos doctrinantes acuden a ambos criterios para definir la omisión propia, como sería el caso de Jescheck (2002), quien, en todo caso, se inclina más por el criterio de tipo formal (consagración expresa), pues establece que:

“Hay que considerar como delitos de omisión propia aquellos cuyo contenido se agota en la **no realización de una acción exigida por la Ley...**”, pero a su vez señala este autor que, “es cierto que, en última instancia, con la acción demandada puede ser evitado un resultado negativamente valorado por el Ordenamiento jurídico, pero el legislador no convierte dicha evitación en un deber para el omitente ni, en consecuencia, el acaecimiento de un resultado determinado en un elemento del tipo...”(p. 652) (negritas del texto)

Comoquiera que el tipo de omisión propia o pura no es tan relevante para el tema objeto de estudio, se pasará entonces, al que sí tiene relación directa, esto es, el de omisión impropia o comisión por omisión, no sin antes mencionar someramente una especie de conclusión sobre esta clasificación (la omisión pura) y es la atinente a que su estructuración desde la tipicidad objetiva se circunscribe a tres elementos específicos, que siguiendo a Mir Puig (2006) son: i) la situación típica, ii) la ausencia de realización de la acción determinada y iii) la capacidad que se tenía de ejecutar esa acción¹¹.

1.2.2. Omisión impropia o comisión por omisión

Inicialmente, podría señalarse que la omisión impropia se refiere a aquellos supuestos delictivos que pueden derivarse de la interpretación de un tipo penal descrito en forma de comisión activa.

Así entonces, se parte de la idea de que, aun cuando inicialmente algunos comportamientos delictivos solo se encuentran habilitados, según su descripción típica, para ser ejecutados o cometerse a través de una acción, ello no es óbice para que también se admita la

¹¹ Mir Puig (2006), señala: “En todo delito de omisión pura se describe una *situación típica*, en la que *se omite una determinada acción*, pese a que *el sujeto podía haberla realizado*. La estructura de todo tipo de omisión pura consta, pues, de los tres elementos siguientes: a) **la situación típica**; b) **la ausencia de una acción determinada**; c) **la capacidad de realizar esa acción**” (p. 316) (negritas fuera del texto).

posibilidad de que puedan ejecutarse por una omisión, siempre y cuando se produzca el mismo resultado que se genera si se comete activamente.

De ahí entonces que, la omisión impropia o comisión por omisión no es un tópico que se refiere —en términos generales— a tipos penales que estén expresamente contemplados en la ley penal, pero sí deben deducirse de aquellos cuya forma de ejecutar se consagra activamente; siendo entonces importante para esa derivación interpretativa, la existencia de una cláusula general que permita establecer los eventos o las situaciones en los que se puede considerar admisible la equiparación de la omisión con la acción, que podría ser de tipo legal. Sin embargo, hay autores e incluso legislaciones en las que se considera que no es importante incluir o contar con esa cláusula de equivalencia entre acción u omisión

Ahora bien, pese a que la omisión impropia está vinculada a supuestos que no se encuentran expresamente tipificados en la ley, lo más importante de esta forma o clase de omisión es que en la misma:

Concorre un especial deber de garantía que hace del sujeto omitente garante del resultado, esto es, le sitúa en una posición de garantía (*Garantenstellung*), que le individualiza y distingue del resto de los ciudadanos, imputándosele el resultado material como si materialmente lo hubiera causado (padre que deja morir al hijo menor por inanición). (Quintero, 2003, p. 176)

En otras palabras, la omisión impropia o comisión por omisión alude a aquellos “supuestos omisivos en los que el omitente se halla en una especial posición de deber, que le hace garante del resultado” (Quintero, 2003, p. 176).

En efecto, en la omisión impropia o comisión por omisión como subclase o forma de la omisión, cobran relevancia tres aspectos inescindibles que son:

- i) La no realización de la acción debida (estando en posibilidad de realizarla),

- ii) no haber evitado el resultado lesivo a los bienes jurídicos (resultado que a su vez se contempla como prohibido);
- iii) pero lo más importante o relevante, estar bajo una situación, que fundamente ese deber jurídico de evitar ese resultado, que es lo que constituye una posición de garantía.

Así lo ha dispuesto Cuadrado Ruiz (2000), quien argumenta lo siguiente:

Junto a la ausencia de la acción debida es preciso que el autor hubiese podido evitar el resultado. Sin embargo, la omisión no cobra relevancia jurídico-penal por el simple hecho de no haber evitado el resultado prohibido. El ordenamiento jurídico lleva aquí una selección entre todas las omisiones que no impidieron el resultado y dota de relevancia jurídico-penal, tan sólo, a las omisiones de quienes se encuentran en una situación, que fundamentan el deber jurídico de evitar el resultado prohibido (p. 12).

Por consiguiente y para efectos ilustrativos, se tiene que las principales concepciones teóricas que sobre el tópico de la omisión impropia o comisión por omisión se han desarrollado, se podrían agrupar en tres grupos. El primero de los cuales admite que la omisión impropia o comisión por omisión se refiere a aquellos delitos en los que pese a no estar expresamente tipificada la inactividad, el no hacer un acto concreto, da origen a un resultado, este último que, si se encuentra expresamente consagrado, como por ejemplo, cuando la madre deja de alimentar a su hijo menor y este muere de inanición, debiendo la madre responder por la muerte de su hijo;

y dentro de este primer grupo podemos encuadrar la definición que al respecto da Gimbernat¹², Baumann¹³ y Foreo¹⁴.

Por su parte, dentro del segundo grupo, está la concepción teórica que admite que para la estructuración de la omisión impropia es necesario, desde la tipicidad objetiva el elemento de la evitabilidad del resultado y en este grupo se encuadra la definición que sostiene Bacigalupo en su *Manual de Derecho Penal General*¹⁵.

Y finalmente, el tercer grupo, que constituye la doctrina dominante, sostiene que para la estructuración de la omisión impropia o de los delitos de comisión por omisión, debe concurrir una posición de garantía, este último que se constituye en el elemento fundamental;

¹² Para Gimbernat (1997), la omisión impropia viene siendo: Los auténticos delitos impropios de omisión serían aquellos en los que la reconducción del resultado a la inactividad no está expresamente tipificada (el CP, por ejemplo no recoge explícitamente que la madre que no liga el cordón umbilical responde de la muerte de su hijo). (p. 11)

¹³ Para Baumann (1981), en la omisión impropia se “trasgrede mediante omisión una norma prohibitiva” (p. 137), pero seguidamente, señala que:

Los delitos impropios de omisión presentan dificultades especiales, porque las normas prohibitivas están referidas en primer término a infracciones cometidas mediante una acción positiva, y la omisión puede ser equiparada a la acción positiva solamente en los casos en que existe una particularidad proximidad frente al bien jurídico lesionado. (p. 137)

¹⁴ Para Forero (2002): La omisión básicamente será impropia cuando no esté consagrada explícitamente en un tipo penal y sea necesario inferirla de un tipo penal normalmente de resultado, previsto en la parte especial. La omisión impropia también recibe en la doctrina el nombre de comisión por omisión. (p. 27).

¹⁵ Bacigalupo (1994), en su *Manual de Derecho Penal-Parte General*, incluye en la definición sobre omisión impropia el elemento de la evitabilidad del resultado; necesario para la estructuración de la omisión impropia desde la tipicidad objetiva. Más específicamente, este doctrinante señala al respecto lo siguiente: “Los delitos impropios de omisión, por el contrario, requieren evitar la producción de un resultado: la realización del tipo, depende, por lo tanto de la producción del resultado” (p. 537) y “Los delitos impropios de omisión son aquellos en los que el mandato de acción requiere evitar un resultado que pertenece a un delito de comisión” (p. 538).

encuadrándose en esta descripción la definición de Aráuz Ulloa¹⁶, Jescheck¹⁷, Gracia Martín¹⁸, y Andrade Castro¹⁹

Así las cosas, y con fundamento en este último grupo, que constituye la doctrina mayoritaria, se tiene que la posición de garantía, pese a ser un elemento fundante de la omisión impropia-al que necesariamente deberá hacerse referencia en el respectivo texto-, a su vez constituye un criterio que permite diferenciar entre una (omisión propia) y otra (impropia) clase de omisión y así lo ha señalado Gimbernat (1997), quien refiere que:

De acuerdo con la doctrina dominante, el criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia residiría en que, mientras que en la primera el omitente tiene una posición de garante, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal) de actuar garantizaría frente a la sociedad la

¹⁶ Para Aráuz Ulloa (2000): En los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión (según terminología española), al omitente se le imputa el resultado sobrevenido, lo que ha llevado a considerar estos delitos como verdaderos delitos comisivos de resultado y que sólo en sentido impropio son delitos omisivos. Se trata de un “delito de resultado cuya particularidad radica en que el resultado típico no se produce por una acción sino que deja de evitarse por la omisión de una acción posible para el autor (Jescheck, 1991:77)

La comisión por omisión significa que, mediante una aparente simple omisión, realmente –por eso se habla de omisión impropia: porque propiamente el hecho no es una pura omisión- lo que se comete es un delito de causación de un resultado como si se hubiera causado activamente; sin embargo, tal afirmación, pese a ser aceptada no está libre de objeciones, porque puede conducir a excesos por atender a criterios y requisitos de imputación demasiado amplio. Así, desde la doctrina mayoritaria se estableció que los delitos de comisión por omisión “no podían imputarse a todo aquél que teniendo capacidad de acción pudiera evitar el resultado, sino que había que restringir el círculo de autores” a los que, por su relación de proximidad con el bien jurídico, gozaran de una posición de garante respecto de él, posición de garante que podría basarse unas veces en criterios formales y otras en criterios materiales. (Aráuz Ulloa, 2000, p. 35)

¹⁷ Por su parte, Jescheck (2002) refiriéndose a la omisión impropia, tiene en cuenta, por un lado, el aspecto de la evitabilidad del resultado y por el otro, hace mención del elemento de la posición de garante y, en consecuencia, sostiene que: En los delitos de omisión impropia al “garante” le es impuesta un **deber de evitar el resultado**. El acaecimiento de éste pertenece al tipo y el garante que infringe dicho deber es responsabilizado penalmente por el resultado típico sobrevenido. Los delitos de omisión impropio son, por ello, el equivalente a los delitos de resultado. (p. 652) (negritas propias del texto).

¹⁸ Gracia Martín (1999) trae a colación una consideración teórica relacionada con la omisión impropia, la cual menciona el elemento de la posición de garantía, señalando por consiguiente, que:

La doctrina dominante afirma la comisión en omisión siempre que un garante, es decir: un sujeto que tenía el deber jurídico de evitar el resultado, no ha realizado una acción con certeza o probabilidad rayana en la certidumbre hubiera disminuido el peligro de o evitado la producción del resultado. (p. 132)

¹⁹ Andrade Castro (2011), por su parte, señala que la omisión impropia o comisión por omisión “consiste en que, mediante una conducta omisiva de quien ostenta posición de garante, se realiza el resultado previsto en un tipo penal en principio descrito como de comisión activa (su definición normativa no prevé la conducta de omisión” (p. 481).

integridad del bien jurídico lesionado, en la segunda el omitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión. (p. 11)

Con todo y a partir de lo referido, es importante reiterar entonces que, para la estructuración de los delitos de omisión impropia desde la tipicidad objetiva, es necesario que se presenten los siguientes elementos que, siguiendo a Mir Puig (2006) son: los tres de la omisión pura —i) la situación típica, ii) la ausencia de realización de la acción determinada y iii) la capacidad que se tenía de ejecutar esa acción—, y otros tres elementos de carácter particular que son: iv) la posición de garantía —piedra angular de esta clase de omisión—, v) la producción de un resultado y iv) la posibilidad de evitarlo²⁰.

Por otra parte, no se puede pasar por alto que, los delitos de comisión por omisión vienen siendo delitos especiales²¹ en la medida en que:

- Existe en cabeza de un sujeto en concreto un deber jurídico especial, o de otro modo, el sujeto se encuentra en una especial posición en relación con un deber, que le hace garante de evitar un resultado.
- Pero es incluso, el elemento de la posición de garantía —cuyo rol esencial es cumplir una función seleccionadora, en cuanto a los sujetos que puedan cometer efectivamente esta clase de delitos—, el que constituye una característica objetiva de la autoría y el que permite predicar que se tratan de delitos especiales.

²⁰ Mir Puig (2006): “El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura; a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada; c) capacidad de realizarla; pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la **posición de garante**, la **producción de un resultado** y la **posibilidad de evitarlo**” (p. 316) (negritas fuera del texto).

²¹ “Según la definición formal más extendida, delitos especiales son aquellos en los que el ámbito personal de la autoría se encuentra restringido a un determinado círculo de personas. Es decir, autor de un delito especial no puede serlo cualquiera, como en un delito común, sino sólo determinadas personas que pertenecen a un círculo definido que poseen ciertas condiciones especiales que requiere la ley, en este caso un deber jurídico especial. En este sentido los delitos de comisión por omisión son delitos de infracción de deber..., en los que se infringe la conducta esperada en función del papel social que se desempeña” (Cuadrado Ruiz, 2000, pp. 14-15).

1.2.3. Toma de postura

Ahora bien, partiendo de las anteriores consideraciones conceptuales, es menester precisar que la postura que se asume para diferenciar entre una y otra forma de omisión es la siguiente:

- En la omisión propia se sanciona al omitente con fundamento en la pena, expresamente establecida en el tipo penal, por dejar de actuar en una situación concreta mandada por la ley, dígase una mera infracción a un deber; por ejemplo, por no socorrer a una persona que se encontraba en una situación en la que su vida o salud estaban en peligro grave (tipo penal omisión de socorro), independiente del resultado que se llegue a producir;
- Mientras que, en la omisión impropia o comisión en omisión, se impone una sanción al sujeto comportamental, que estando obligado por el ordenamiento a realizar cierto deber/mandato (posición de garante) y con posibilidad de ejecutarlo y de evitar un resultado, no lo hace, constituyendo por lo tanto una verdadera “comisión”, pues se desconoce “la prohibición de producir un resultado”²².

De ese modo, se sostiene que, la diferencia más sobresaliente entre una y otra forma de omisión, viene siendo el nivel o alcance respecto del deber de salvaguardar (o proteger) un bien jurídico, o, en otras palabras, de la posición de garantía que puede predicarse de ciertas personas, que es propio de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión.

En cierta medida, la postura que se acoge para diferenciar entre una y otra forma de omisión coincide con la esgrimida por la Sala de Casación Penal de la H Corte Suprema de Justicia, en

²² Para Kaufmann (1959, como se citó en Bacigalupo, 1970), la omisión impropia “la omisión impropia es un delito de comisión porque en ella se lesiona la prohibición de producir un resultado; esta prohibición es lesionada si, y porque, no se ha cumplido un mandato de impedir el resultado. La falta de evitación del resultado es explicada nuevamente como una omisión que es un delito de comisión, en el caso de lesionar una prohibición...” (p. 35)

Sentencia de diciembre 5 de 2011, proferida con ponencia del Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán (Rad. 35899) en la que se señala lo siguiente:

(i) Los delitos de omisión

1. Se fundan en el principio de solidaridad humana por virtud del cual determinadas personas deben responder penalmente por dejar de realizar una acción tendiente a salvaguardar un bien jurídico, o no impedir un resultado típico estando obligadas a hacerlo.
2. El propósito que orientó la voluntad del legislador al consagrar este tipo de conductas punibles, no es otro distinto que el de brindar una respuesta a la necesidad de sancionar comportamientos pasivos que consisten en dejar de hacer determinada obligación o no evitar la producción de un resultado teniendo la obligación de hacerlo, pueden ser de dos clases:
 - i) Los de omisión propia: son aquellos en los que la norma conmina al sujeto a realizar determinado comportamiento, es decir, se castiga la simple infracción a un deber de actuar.
 - ii) Los de omisión impropia: evento en el cual, por virtud de la ley, los sujetos adoptan con respecto a determinados bienes jurídicos la posición de garante, y por tanto, tienen el deber concreto de actuar para evitar que se produzca el resultado.

(ii) Los delitos de omisión impropia

Como ya se anticipó, realizan un delito de comisión por omisión (omisión impropia) aquellas personas que teniendo la posición de garante, se abstienen de cumplir con una determinada obligación y ello termina por afectar un bien jurídico protegido por el legislador.

Este tipo de conductas suponen la infracción de una norma de mandato en la que: a) el sujeto activo siempre tiene la posición de garante, b) se obliga al garante a evitar la producción de un resultado, c) se castiga la infracción al deber de actuar y, d) se produce

un resultado que el sujeto activo tenía la capacidad de evitar. (Corte Suprema de Justicia, Rad. 35899)

1.3. Estructura general de la omisión

A partir de la estructuración de los siguientes elementos, que podría llegarse a considerar que se está en presencia de un actuar omisivo, capaz de llegar a generar responsabilidad penal.

i) Deber jurídico

Como primer supuesto se tiene que, la persona que patentizó el actuar omisivo, capaz de generar responsabilidad penal tuvo que haber tenido en cabeza suyo un deber jurídico de hacer o desplegar un actuar concreto, pero no lo ejecutó.

Ese deber jurídico entonces, como concepto, en términos generales y siguiendo a Molina (2018) puede ser entendido como una obligación que está radicada en cabeza de una persona que asume, realizar o no hacer algo (en concreto) como derivación de lo que se disponga en la Ley, Constitución, reglamento o contrato.

Para poder llegar a atribuir o considerar que hay lugar a endilgar responsabilidad penal por una conducta de omisión, debe partirse de un deber jurídico de hacer (exclusivamente) y no de un deber de no hacer:

Ese deber jurídico radicado en cabeza de esa persona a la que pretende serle deducida responsabilidad penal por no haber hecho, debe comportar necesariamente, un deber de hacer, toda vez que, precisando conceptos, se trata de un deber jurídico positivo, pues que es su inobservancia la que habilita predicar la inacción: no aplica aquí entonces, para la deducción de responsabilidad penal por omisión, el deber jurídico de no hacer, pues que no sería lógico deducir responsabilidad por no haber hecho lo que no se tenía que hacer. (Molina, 2018, p. 42)

En ese sentido, aunque de pasada, en relación con este elemento estructurador (general) de la omisión puede admitirse, que a su vez es un criterio que permite diferenciar entre ambos

tipos de omisión, en tanto que, mientras que en la omisión propia al sujeto se le impone una carga de realizar un acto específico, no está obligado a desplegar todos los actos que sean necesarios o posibles para impedir los efectos o lesiones a bienes jurídicos, lo que sí se exige para las omisiones impropias.

ii) No realización de la actuación debida

Como se mencionó, además de existir de por medio un deber jurídico de hacer (en concreto), derivado de la Ley, Constitución, reglamento y/o contrato, se requiere que el sujeto en quien radica ese deber de realizar o ejecutar, no realice esa conducta debida o mandada. De ahí entonces que, debe existir una relación articulada entre el deber de hacer (previo) y su no realización (posterior).

iii) Posibilidad o capacidad de cumplir el deber jurídico (de hacer)

Para estructurar en un inicio la responsabilidad penal por omisión, se requiere la conjugación de la existencia de un deber previo y concreto, pero a su vez, que el sujeto comportamental esté en posibilidades de cumplir con el mismo, esto es, de ejecutar el deber que se le impone de actuar.

Así las cosas, con la conjugación de los elementos enunciados en el párrafo inmediatamente anterior, se puede empezar a estructurar una omisión punible al interior del ámbito penal, desde la variante de la omisión pura; pues para la otra variante, la omisión impropia, tal como ya se mencionó, a más de los elementos estructurantes referidos, se debe contar con un elemento fundamental y necesario (adicional), que es el de la posición de garante, que se refiere a la persona en concreto que está obligada a cumplir con un deber jurídico específico y especial de actuar desde un sentido de un “deber de garantía” de evitar resultados lesivos frente a bienes jurídicos, tópico que pasará a desarrollarse en los siguientes acápites.

1.4. Posición de garante

El hecho de pasar a pronunciarnos o a abordar en detalle el tema de la posición de garantía y los fundamentos que sobre la misma se han desarrollado, no implica dejar de lado el tópico de la omisión impropia, pues como ya se refirió, la posición de garantía es un elemento fundamental, necesario para la estructuración de esa clase de omisión; pero adicional a ello, porque inevitablemente deberá hacerse referencia a aspectos generales de tal forma de ejecutar la conducta omisiva²³.

Igualmente, y aunque ya se anticipó de alguna manera, es menester indicar que, el sujeto que llegue a ostentar una posición de garantía se halla en una especial posición que lo obliga a cumplir con ciertos deberes, cuyo fin principal, en últimas, es evitar que se presente un resultado lesivo contra los bienes jurídicos de una persona o grupo de personas.

En otras palabras, el sujeto con posición de garante tiene en cabeza suya un deber jurídico de actuar, que puede incluir o conllevar varias actividades a su vez, con características concretas y específicas, que presuponen, por lo tanto, un “deber de garantía”, y esto es lo que hace que el sujeto tenga que evitar que se produzca cualquier resultado sobre bienes jurídicos.

No obstante contar con un concepto de posición de garante y con la delimitación o el fundamento (genérico) de esos deberes jurídicos de actuar que están en cabeza de estos sujetos, y que a su vez resultan relevantes para el derecho penal, el aspecto de los deberes, en particular de actuar, constituye uno de los aspectos más problemáticos para el tópico de la posición de garantía, pues aún no se ha establecido un principio general que los sustente y mucho menos hay

²³ “A pesar de que los intentos dogmáticos en la búsqueda de soluciones para los diferentes problemas que se plantean en el campo de los delitos de comisión por omisión han sido múltiples, se sigue considerando actualmente la determinación, y fundamentación de las posiciones de garante como el núcleo de la discusión de esos delitos, o, para ser más exactos y hablando modernamente, como el punto de partida de una vinculación jurídico penal” (Perdomo, 2001, p. 19).

una amplia aceptación de los mismos desde la doctrina; sin pasar por alto que hay ordenamientos jurídicos en los que ni siquiera se consignan las circunstancias que pueden llegar a fundamentar una posición de garantía, lo que lleva a que deban ser deducidas de la interpretación del texto de la ley, generando a su vez inseguridades jurídicas.

Al respecto, Muñoz Conde (2004) señala lo siguiente: “La principal dificultad con que tropezamos a la hora de establecer la posición de garante, es la no mención expresa de los deberes que la fundamentan en el tipo legal del delito comisivo, que solo describe expresamente una acción positiva” (pp. 27-28).

Siendo entonces, la delimitación o el fundamento de los deberes jurídicos de actuar, a través de los cuales se puede predicar una posición de garantía con respecto a una persona específica, el núcleo o el aspecto más controversial. Se considera importante antes de abordar dicho tópico, iniciar con unas consideraciones teóricas previas encaminadas a ilustrar sobre el concepto de posición de garante.

a) Consideraciones teóricas previas

Tal como se refirió en precedencia, antes de mencionar las diferentes teorías, a través de las cuales se han ofrecido criterios para fundamentar la fuente del deber jurídico y por esa vía, la posición de garante respecto de personas o sujetos determinados, en situaciones concretas, se considera ilustrativo desde la perspectiva académica, enseñar una primera cuestión (teórica), concerniente al concepto de posición de garante que se ha formulado por varios doctrinantes, los cuales coinciden en que la posición de garantía es una posición especial que llega a ostentar una persona y lo obliga a evitar un resultado sobre un bien jurídico:

- Gimbernat (1997), define la posición de garante como

La posición que destaca a una persona (o personas) de entre todas las demás, que le hace responsable del bien jurídico penalmente protegido, y que en consecuencia y si no evita su lesión,

le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción, se hace seguir, tradicionalmente, de las tres siguientes fuentes: de la ley, del contrato y, a partir de un momento posterior del desarrollo de la dogmática, también del hacer precedente. (pp. 12-13)

- Jescheck (2002), sostiene el siguiente análisis:

Por el contrario, en los delitos de omisión impropia no basta con el hecho de que una acción posible hubiera evitado el resultado para poder hacer responsable de la lesión del bien jurídico a cualquiera que posea capacidad de acción, puesto que no existe un deber de ayudar en todo momento que sea necesario cuyo incumplimiento sea punible. De ahí que desde Feuerbach se acepta que, básicamente, el Ordenamiento jurídico sólo impone al ciudadano el deber de omitir comportamientos activos a través de los cuales se pueden ser menoscabados bienes jurídicos de terceros. Por ende, hay que demostrar un “**fundamento jurídico especial**” si, excepcionalmente, alguien va a ser responsabilizado por haber omitido la protección de bienes jurídicos ajenos mediante una acción positiva. Por ello, la equivalencia de la omisión con el hacer positivo presupone que el autor de la primera respuesta como “garante” de la evitación del resultado. Todos los deberes de impedir el resultado descansan sobre la idea básica de que una persona determinada está llamada de un modo especial a la protección del objeto del bien jurídico puesto en peligro, y que todo el resto de los copartícipes confían y pueden confiar en la intervención activa de esas personas. (p. 668) (negritas propias del texto)

- Stratenwerth (1999), al realizar un análisis sobre la equivalencia entre acción y omisión, define el concepto de posición de garante, señalando:

Sólo cuando excepcionalmente, sobre la base de una posición que obligue al autor a un deber especial, tenga que responder de la no evitación de un resultado jurídicamente desaprobado, la omisión de evitar el resultado tendrá la misma significación que la acción de producirla. En estos casos, hablamos de una posición de garante o de un deber de garante. (p. 292)

- Andrade Castro (2011), refiriéndose al concepto de posición de garante expone la siguiente concepción:

JOHANNES NAGLER (1911) sostuvo que al obligado a evitar el resultado debe calificársele como “garante jurídico de la intangibilidad del valor protegido” y en esa medida, añadió para los delitos de omisión impropia un nuevo elemento implícito del tipo: la posición de garante. A partir de entonces, se admitió que la posición de garante es el elemento dogmático central que, en el ámbito del delito comisión por omisión (...), permite imputar el resultado a quien no lo evitó, razón por la cual se trata de tipos penales abiertos.

En otros términos: la posición de garante es la especial situación que un individuo ostenta en el marco de las relaciones sociales, por razón de la cual se le impone un deber de evitación de un resultado lesivo para un bien jurídico, esto es, tiene posición de garante aquél sujeto al que, en virtud de la posición social que ocupa, se le adscribe un deber jurídico que lo obliga a actuar para evitar un específico resultado. (p. 484)

- Forero (2002), refiriéndose a la omisión impropia y por esa vía, al sujeto activo que despliega de esta clase de delitos (el garante); dice lo siguiente:

El sujeto activo de un delito de comisión por omisión es “especial” o “cualificado”, pues solo puede serlo el denominado garante.

Como garante definiremos a aquel sujeto que tiene el deber jurídico (no moral) de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a determinadas personas y que se hayan previamente individualizados. La incolumidad de tales bienes jurídicos exige protección y vigilancia, con límites temporales y espaciales. Para tal fin, además del deber genérico de abstenerse de iniciar procesos causales que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a su cuidado, debe evitar que un proceso causal en curso también los produzca, y por ello deberá anular o desviar esos cursos causales, de lo contrario se le imputará

el resultado como si él lo hubiera causado, o responderá de una omisión pura agravada por el resultado, según el caso. (p. 55).

b) Propuestas que se han desarrollado al interior de la doctrina para predicar o fundamentar una posición de garantía

Con fundamento en las consideraciones teórico-conceptuales que se han plasmado en los acápites anteriores es dable iterar que, para los delitos de comisión por omisión, la posición de garantía es un elemento fundamental para su estructuración desde la tipicidad objetiva, pero además de ello, lo trascendental y que debe resaltarse sobre la posición de garante aquí, es el hecho de que conlleva un deber jurídico especial de actuar —pero más desde el sentido de un “deber de garantía”— en situaciones concretas, encaminado principalmente a proteger o evitar lesiones a bienes jurídicos de terceros.

Ahora bien, es en cuanto a la posición de garantía, que existe una cuestión problemática vinculada a su contenido, o de otro modo, sobre las fuentes o criterios a partir de los cuales se puede determinar la existencia de ese deber de actuar en cabeza suya y por esa vía, su existencia, y es acá en donde la doctrina tradicional ha desarrollado dos fuentes, a las que se pasará a hacer mención:

i) Fuentes formales

Las causas que dan origen al deber jurídico de actuar y, por ende, predicar una posición de garantía de una persona, lo constituyen: la ley, el contrato, el actuar precedente (peligroso) y la estrecha comunidad de vida.

Tabla 1.

Fuentes formales

Fuente	Concepto
La Ley	Es la fuente a la que tradicionalmente se ha acudido para establecer los criterios de posiciones de garante, en tanto que, se busca en

	cualquiera de las leyes que componen el ordenamiento jurídico, dígase, por ejemplo, en leyes de carácter civil, administrativo, mercantil, etc., algún un deber u obligación concreta de actuar.
El contrato	Como manifestación de la autonomía de las partes, que da lugar a creación de vínculos jurídicos; constituyéndose en otra de las fuentes que permiten configurar o engendrar un deber de actuar o de protección, cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad penal en comisión por omisión.
El actuar precedente (peligroso)	Se tiene como fuente de la posición de garante. En este supuesto, se parte del hecho de que un sujeto con su actuar previo (que puede ser imprudente o fortuito) puede crear un peligro para un bien jurídico, sin embargo, omite desplegar cualquiera de los actos que están a su alcance para evitar que se concrete el resultado.
La estrecha comunidad de vida o relaciones especiales	Es otra de las fuentes formales que permiten engendrar una posición de garante y está basada en preceptos legales de los que se derivan uniones o relaciones entre sujetos o individuos que implican ciertas obligaciones de protección o ayuda mutua, como por ejemplo: obligaciones de ayuda mutua y protección que surgen entre personas que tienen relaciones de parentesco.

Fuente: Elaboración propia

Estos criterios son los que se han establecido por la teoría formal del deber jurídico y es por ello, que se considera de gran relevancia, más que ahondar de forma concreta sobre cada uno de estos criterios, referirse a la teoría del deber jurídico, además de lo que propende frente a la posición de garantía.

Por consiguiente, frente a la teoría del deber jurídico (de evitar el resultado), siguiendo el análisis planteado por Perdomo (2001), en su texto: *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, se tiene que:

- a) Tiene sus orígenes en el autor Paul Johann Anselm Feuerbach, quien inició con los desarrollos originarios del concepto de garante y por esa vía, abordó por primera vez los delitos de omisión.
- b) Para ese momento histórico (siglo XVIII), los autores avizoraron el problema entre la forma de acción y la omisión y admitieron que una posible solución para tal situación era exigir un deber jurídico (concreto) para los casos de omisión, limitándose a establecer algunas situaciones que sirvieran de ejemplo.
- c) Teniendo en cuenta que Feuerbach fue quien se metió de lleno al estudio de la omisión e inició con los desarrollos de la posición de garantía, resulta necesario para entender su postura, conocer cuál era su concepción sobre el Estado y para tal fin resulta necesario mencionar que para dicho autor:
 - i) El Estado era una unidad y su fin principal era proteger los derechos de los ciudadanos.
 - ii) El Estado para tal fin (proteger los derechos de los ciudadanos) podía acudir a cualquier medio, pero en todo caso debían dirigirse a la generalidad.
 - iii) El Estado solo podía impedir que se llegaran a lesionar bienes jurídicos, a través de la instauración o configuración de deberes, que debían apoyarse de la coerción, y en caso de generarse alguna lesión sobre un bien jurídico, la consecuencia que se derivaría era la atribución de una pena.

Y esta concepción sobre el Estado, que es de corte Liberal, es importante, en tanto que este autor parte del supuesto de que los deberes con los que se busca evitar lesiones a bienes jurídicos tienen un contenido de tipo omisivo, por lo que solo podrían desconocerse a través de un actuar (comisivo), pero no a través de una omisión. En otras palabras, las

obligaciones/deberes que se exigen, en principio, a los sujetos se refieren a omisiones específicas, dígase, por ejemplo, no matar, no hurtar, etc.

d) Por consiguiente y para diferenciar los delitos por acción u omisión, Feuerbach acudió al siguiente criterio:

i) En los delitos de acción, el “fundamento jurídico de la pena es la lesión de un deber apoyado por coerción que ha sido implantado por el Estado y que tiene como contenido omitir” (Perdomo, 2001, p. 22).

ii) En los delitos de omisión el fundamento jurídico “debe ser visto en la lesión de aquellos deberes que se derivan de la ley o el contrato y que tienen como contenido un actuar” (p. 22). En otras palabras, para este autor un delito de omisión “presupone siempre un fundamento jurídico especial (ley o contrato) a través del cual se fundamentada la obligación de actuar” (Perdomo, 2001, p. 22).

e) La interpretación inicialmente esgrimida por Fuerbach fue consolidada por otros autores como Spangenberg y Stüberl, quienes en todo caso reconocieron el deber de evitación del resultado, legitimándolo a través de un fundamento jurídico especial (de actuar) como condición para que pudiera ser punible la omisión, lo cierto es que introdujeron nuevos criterios.

Tabla 2.

Nuevos criterios

Autor	Concepción
Spangenberg	Sostiene que la ley contiene “un fundamento de formación de deberes demasiado estrecho, que se corresponde con la existencia de una ley especial y positiva”, por lo que se hacía necesario “el reconocimiento de otros deberes que se originan en las relaciones jurídicas especiales” (Perdomo, 2001, p. 23).

Stübel

Este autor, por su parte, estimó que existían “algunos casos en los cuales alguien está obligado a actuar a causa de una relación especial o a causa de un actuar precedente. Para este autor se trata de aquellos deberes jurídicos originados en un comportamiento precedente que ha colocado a alguien en un estado de peligro” (Perdomo, 2001, p. 24).

Su concepción “debe ser considerada como el punto de partida para la recepción de la injerencia en el campo de la punibilidad” (Perdomo, 2001, p. 24).

Fuente: Elaboración propia

- f) Por otra parte, desde el punto de vista jurisprudencial, se tiene que en decisión del Tribunal del Reich, del 10 de octubre de 1935, se estableció como criterio capaz de generar una posición de garantía, a la estrecha comunidad de vida.
- g) La importancia de esta teoría radica en que, siguiendo a Mir Puig (2006), parte del razonamiento de que “para decidir la existencia de posición de garante” se acude a “fuentes formales (generalmente se mencionaban la ley, el contrato y el actuar precedente)” (p. 318). De ahí que, esta teoría se sustente en los siguientes criterios (formales) para predicar una posición de garantía respecto de una persona: la ley, el contrato, el actuar precedente (peligroso) y la estrecha comunidad de vida o relaciones especiales.

A la teoría del deber jurídico se le ha criticado ampliamente por una cuestión y es la atinente a que si bien fija las fuentes a las que se puede acudir para deducir el deber jurídico de actuar y predicar una posición de garantía, no ofrece ningún criterio material que permita delimitar ese deber a ciertas personas, o cuáles deberes pueden llegar a suponerse de estas. Así lo señala Jescheck (2002): “Desde luego esta división [refiriéndose a las fuentes formales: ley,

contrato, actuar precedente (peligroso) y estrecha comunidad de vida o relaciones especiales] no permite suministrar fundamentación de contenido para el reconocimiento de los deberes de garante” (p. 669).

ii) Fuentes materiales

Por su parte, las fuentes materiales que fundamentan el deber jurídico de actuar para evitar un resultado y, por ende, la posición de garantía de una persona, se fueron construyendo como consecuencia de las deficiencias avizoradas en las fuentes formales, y a su vez, con fundamento en el criterio teórico esgrimido por la teoría de las funciones de Armin Kaufmann, concepción en la que se establece que el criterio para predicar la posición de garantía respecto de una persona se encuentra en criterios de tipo funcional y material.

Por consiguiente y bajo ese entendido, esto es, la influencia de dicha teoría (“las funciones”), resulta de imperiosa necesidad abordarla, lo que se realizará en los acápites siguientes, teniendo como punto de referencia el análisis planteado por Perdomo (2001).

Así las cosas, debe iniciarse mencionando que en la teoría de las funciones se distinguen dos situaciones concretas bajo las cuales se erige el deber de evitar el resultado (sobre algún bien jurídico) y por esa vía, se configura una posición de garantía; que son:

- a) El primer evento está constituido por situaciones que generan un deber o una función de proteger un determinado bien jurídico contra cualquier clase de ataque, independientemente de donde provenga.

De acuerdo con Kaufmann (2006): “Esta imposición de tareas prevalece en aquellas posiciones de garante que están reconocidas directamente en un precepto jurídico, así como en aquellas basadas en asunción fáctica de deberes contractuales” (p. 290).

- b) El segundo corresponde a situaciones en las que se tiene una función o deber de controlar y supervisar fuentes o focos de peligro sin que se tenga relevancia o importancia conocer de forma concreta cuál es el bien jurídico que se amenaza con las fuentes.

En este sentido el mismo autor, sustenta que:

Solo secundariamente, como efecto reflejo, se deriva la garantía de aquellos bienes jurídicos amenazados por esta fuente de peligros. Desde la perspectiva del bien jurídico concreto, la función protectora del garante se reduce a una sola dirección de ataque: aquella que amenaza al bien jurídico desde la fuente a la que hay que controlar. De esta manera se plantea la misión de protección casi siempre en los supuestos de injerencia para los peligros que surgen en el ámbito social de dominio de una persona, así como en las posiciones de garante derivadas de relaciones de confianza especiales. (Kaufmann, 2006, p. 290)

Así mismo, debe indicarse que esta teoría tuvo su desarrollo después de la del deber jurídico, teniendo importante influencia del pensamiento causal, esto es, tomando en consideración para los respectivos análisis las categorías propias de las ciencias naturales; de ahí que:

Todas las elaboraciones doctrinales que surgieron en esta época estuvieron caracterizadas por el intento de demostrar la causalidad de la omisión; esta necesidad surgió de la diferenciación que hizo LUDEN entre delitos propios e impropios de omisión, pues llevó a que se considerara la prueba de que la omisión puede ser causal para el resultado como el requisito que permitía afirmar la equivalencia del delito de comisión por omisión con el de comisión. Este intento de comprobar la causalidad de la omisión condujo a que el tema específico de la evitación del resultado y su fundamentación, quedara de una u otra forma “relegado”. (Perdomo, 2001, pp. 32-33)

En otras palabras, pero en lo atinente a la influencia del pensamiento causal en esta teoría, Andrade Castro (2011) señala lo siguiente:

Con posterioridad a la formulación de estas propuestas [referidas a las desarrolladas con fundamento en la Teoría del Deber Jurídico] la dogmática penal se centró en establecer el sustento de equiparación entre la comisión activa y la comisión omisiva, a partir de parámetros estrictamente naturalistas; las teorías que hicieron aparición en esta etapa estuvieron encaminadas a demostrar la causalidad de la omisión respecto de la producción del resultado, relegando la discusión sobre la fundamentación de las fuentes del deber jurídico de actuar. (p. 487)

En efecto, bajo la influencia del pensamiento causal, la doctrina pasó entonces a otro panorama, es decir, de buscar el fundamento de la punición de la omisión —como forma de ejecución de la conducta— en concepciones ontológicas (científicas), para buscarla en concepciones normativistas.

Por otra parte, para entender la teoría de las funciones desarrollada por Armin Kaufmann, se considera relevante señalar, entre otros, que la teoría tiene como puntos de partida los siguientes:

- Uno de esos puntos es el atinente al concepto sobre la omisión impropia del que parte:

“Los delitos de comisión por omisión representan una forma autónoma de delito que debe ser entendida como infracción o violación de un mandato” (Perdomo, 2001, p. 35). De ahí entonces, que la omisión de garante no está comprendida en la norma que prohíbe sino en el tipo que está formulado como mandato.

Igualmente, parte de lo reconocido por Nagler, quien señala que “la estructura del delito impropio de omisión difiere en un elemento en relación con el delito de comisión (en el elemento típico adicional “posición de garante”), considerando entonces que, “la posición de garante no es un elemento no escrito del tipo del delito de comisión” y que, “en consecuencia, la omisión impropia no cumple los requisitos del tipo del delito de comisión, sino que por el contrario los de

un tipo diferente e independiente; es decir, el de los delitos impropios de omisión” (Perdomo, 2001, p. 35).

Frente a esta primera consideración y en referencia a la teoría de las funciones desarrollada por Armin Kaufmann, Andrade Castro (2011) señala lo siguiente:

Los delitos de omisión impropia son una forma autónoma y especial de delito, y no un caso específico del delito comisivo, entendió que el delito de omisión no debe concebirse como la infracción de una prohibición sino como la infracción de un mandato de garantía. (p. 487)

- Y la otra, es que admite que la posición de garante tiene una función social que consiste en “la protección de un bien jurídico”, pero además de eso, “fundamenta la posición en criterios materiales, es decir, en función de las tareas que se espera de quien se encuentra en ellas situado” (Cuadrado Ruiz, 2000, p. 35).

De otro modo, puede indicarse que, en últimas entonces, el elemento material común en las posiciones de garantía es la función (social) de protección de un bien jurídico.

La principal crítica que se hace a esta teoría es que no establece el verdadero alcance de los deberes de garantía, pero más importante aún:

Se contenta con la exposición de la función que debe ser cumplida, es decir proteger el bien jurídico o controlar una fuente de peligro, pero no muestra el motivo de la posición de garante que es lo que precisamente se espera encontrar, o dicho de otra forma, no muestra las condiciones según las cuales alguien está obligado a cumplir la función de protección o de control. (Perdomo, 2001, p. 38)

En efecto y a riesgo de que resulte reiterativo, se indica en este apartado que, ciertamente la teoría funcional aporta nuevos criterios que resultan importantes para el tratamiento de la posición de garantía, superando con ello algunos de los cuestionamientos correlacionados con la teoría del deber jurídico, pues considera que los deberes en cabeza del garante se determinan a

partir de puntos de vista materiales, referidos a sus contenidos; pero tal como se dijo, no muestra las condiciones en concreto, a partir de las cuales se puede predicar que un sujeto estaría en la obligación de cumplir, bien la función de protección de un bien jurídico o bien, de control de una fuente de riesgo.

Ahora bien, como fuentes que se han desarrollado y partiendo de las dos situaciones esgrimidas por Armin Kaufmann, a partir de las cuales es dable fundamentar la posición de garantía, se tienen las siguientes:

Tabla 3.

Posiciones de garantía

Posiciones de garantía que tienen su origen en el deber de proteger un bien jurídico	Posiciones de garantía que tienen su origen en el deber de controlar un foco o fuente de peligro o de adoptar la seguridad respectiva ante la creación de un peligro
<p>La estrecha vinculación familiar y comunidad de vida: está relacionada con situaciones atinentes a relaciones entre consanguíneos u otras instituciones, de las que se derivan posiciones de garantía, independiente de que se presente un riesgo. Su fundamento está en la solidaridad.</p>	<p>Injerencia: “el deber de garante procede del comportamiento previo peligroso y descansa en la idea básica de que cada uno ha de responder de que un riesgo producido por el mismo no desemboque en un resultado típico” (Cuadrado Ruiz, 2000, p. 37). En otras palabras, toma como fundamento el principio que prohíbe lesionar a los otros con un actuar propio.</p>
<p>Comunidad de peligro: se genera en aquellos eventos en que varias personas emprenden la realización de una actividad catalogada como riesgosa; predicándose</p>	<p>Responsabilidad por el comportamiento de terceros: se deriva una posición de garantía para aquel sujeto que tiene a su cargo niños, personas con discapacidad mental</p>

entonces, que cada persona tiene una posición de garantía en relación con la otra.

Asunción voluntaria: puede darse que en virtud de un contrato o una convención una persona asuma una posición de garantía en cuanto a la protección de un bien jurídico.

El deber de garante para el control de fuentes de peligro que estén situadas dentro del propio ámbito de dominio:

“Quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro (instalaciones, animales, máquinas) para bienes jurídicos, es el responsable de que tal peligro no se realice. En este sentido se encuentra en posición de garante, pues le corresponde el control de que depende la indemnidad de los bienes jurídicos” (Mir Puig, 2006, p. 328).
Igualmente, también ha sido denominada como “**dominio sobre una esfera social de actuación**”.

Fuente: Elaboración propia

Las teorías desarrolladas (deber jurídico y funcional) en precedencia han sido uno de los principales referentes vinculados con el tópico de la posición de garante, dando origen a importantes discusiones e incluso diferencias, al punto de que algunos autores como Androulakis, Henkel, Pfeleiderer, Bärwinkel, entre otros, han tratado de presentar soluciones —a partir de los problemas avizorados—, en aras de desarrollar los criterios que permitan fundamentar y darle contenido a la posición de garante; sin embargo, traer a colación esas propuestas aun en términos muy generales, escapa de la extensión y finalidad del análisis que se propone en este escrito, como que en el mismo, se tiene como uno de los propósitos primordiales presentar algunas de las posturas (más importantes) que se han formulado en la literatura para sustentar y dar contenido a la posición de garantía de los directivos de una empresa y ello, en la

medida en que es un t3pico que cada vez toma m3s relevancia en el 3mbito del derecho penal econ3mico y de la empresa.

Segundo Capítulo

Posturas que fundamentan la posición de garante de los directivos o máximos representantes dentro del ámbito empresarial y que puede extenderse a los funcionarios responsables de las medidas de seguridad y/o control de calidad, en los eventos de responsabilidad penal por un producto defectuoso

Antes de iniciar el desarrollo de este capítulo, es menester señalar que en el presente trabajo se parte de la postura de que en el ámbito empresarial se puede atribuir responsabilidad penal por omisión impropia a los directivos, o en su caso, a los superiores jerárquicos de la organización empresarial, e incluso se puede hacer extensiva a los funcionarios (expertos) responsables de los procesos de calidad y/o control de un producto, por la no evitación de resultados que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, que tenga su origen en la actividad o industria que desarrollan, cuando se hallaban en una situación en la que debían y estaban en posibilidad de intervenir.

En ese sentido, la precisión que se menciona es de gran relevancia no solo para efectos del entendimiento del análisis que se propone en el presente escrito, sino por el hecho de que no puede olvidarse que la actividad de fabricar y distribuir productos (cualquiera sea) envuelve un peligro potencial y significativamente elevado para la vida o salud de los destinatarios finales, esto es, los consumidores. Sin que sea ajena la circunstancia de que en las unidades organizativas impera una clara división de trabajo, y generalmente, hay un uso e intercambio de materias primas o de mercancías peligrosas, o incluso, el uso de recursos naturales, lo que por sí mismo ya genera riesgos para los bienes jurídicos.

Igualmente, la responsabilidad penal que podría llegarse a atribuir en comisión por omisión a los directivos o en su caso, a los superiores jerárquicos de la organización empresarial,

e incluso a los funcionarios (expertos) responsables de los procesos de calidad y/o control de un producto, en los eventos de un producto defectuoso, sería a través de los tipos penales de homicidio o de lesiones y en dos circunstancias concretas: i) por no advertir los peligros del producto o ii) por no haberlos retirado para evitar los resultados lesivos sobre los bienes jurídicos.

Con ello, se tiene que, al interior de la doctrina se han ido desarrollando o planteado posturas que establecen el fundamento y/o contenido para predicar la existencia de una posición de garante respecto de los directivos o en su caso, de los superiores jerárquicos de la organización empresarial, que igualmente puede hacerse extensiva a los funcionarios responsables de las medidas de seguridad y/o control de calidad, en los eventos de responsabilidad penal por un producto defectuoso y bajo ese entendido, en el presente capítulo se hará referencia a algunas de esas posiciones de garantía.

Al respecto, debe iniciarse este acápite trayendo una primera consideración, que aunque es genérica, permite realizar una especie de introducción teórica, la cual se extrae del texto: “*La omisión impropia en la dogmática penal alemana*”, cuyo autor es Enrique Gimbernat y es la relativa a que en dicho escrito se contempla que una de las situaciones que puede llegar a dar lugar a que se configure o estructure una posición de garantía de los directivos, son los eventos de RPPD y para tal fin, se efectúa un análisis a la luz del Caso Lederspray²⁴, que en síntesis es un

²⁴ La decisión que adoptó el Tribunal Supremo alemán en el caso Lederspray puso en evidencia diferentes problemáticas en torno a la posición de garante de los directivos, pero adicional a ello, dicho caso es uno de los casos más emblemáticos de la responsabilidad penal por el producto defectuoso, y por ende, es pertinente la descripción fáctica que realiza Escobar (2012):

“En cuanto al caso Lederspray, en este se planteaba la responsabilidad penal de los directivos de una empresa de producción y de dos empresas de distribución de un spray para cuero, debido a las lesiones sufridas por varios consumidores después de utilizar el producto. En efecto, aunque el spray se comercializó sin problemas durante veinte años, a finales de 1980 comenzaron a recibirse reclamaciones de los consumidores por daños sufridos en su salud después de utilizarlo. Estas reclamaciones motivaron la realización de investigaciones dentro de la empresa productora para establecer si existía un defecto en el producto, pero no se obtuvieron resultados que lo confirmaran, y aunque se varió la fórmula y se sustituyó la materia prima, siguieron produciéndose los daños. A principios de 1981, los

caso en el que se determinó por el Tribunal de Instancia y el BGH (Tribunal Supremo Alemán) la responsabilidad penal de varios directivos de una empresa que producía un espray para cuero, pero también de los directivos de sus empresas filiales, encargadas de su distribución, por las lesiones (dolosas y en comisión por omisión) sufridas por varios de los consumidores después de su utilización; sin embargo, las circunstancias fácticas relativas a este caso y que se podrían considerar como más relevantes son las siguientes: i) que solo veinte años después de haberse introducido en el mercado los espráis, empezaron a presentarse reclamaciones por parte de los consumidores, quienes manifestaron dificultades respiratorias, fiebres, edema pulmonar, entre otros síntomas; ii) que con fundamento en las reclamaciones, se realizaron investigaciones internas, con la asesoría de expertos, sin que hubiese sido posible encontrar algún fallo sobre el producto e incluso se efectuó un cambio en la fórmula del espray y en las materias primas. Pero, aun así los consumidores seguían sufriendo daños en su vida y salud; iii) en una junta extraordinaria, el químico director del laboratorio central manifestó que se habían realizado varias investigaciones y que no se podía sostener que el producto fuera tóxico y, iv) con fundamento en lo referido por dicho director se decidió únicamente incluir en el producto una advertencia, pero no retirarlo del mercado.

Contando con esas precisiones, en el referido texto (*La omisión impropia en la dogmática penal alemana*”), se aborda en un acápite específico el tópico de la comisión por

directivos de la empresa productora se reunieron en junta extraordinaria en la que el químico director del laboratorio rindió un informe según el cual no podía afirmarse ni la peligrosidad ni la toxicidad del spray. A raíz de este informe, los directivos decidieron no retirar el producto, sino incluir en el envase una advertencia. Esta decisión fue asumida también por los directivos de las empresas distribuidoras.

En este caso el BGH condenó como autores a los directivos de las empresas por el delito de lesiones imprudentes en comisión por omisión -debido a la no retirada de los productos-, con respecto a los hechos que ocurrieron antes de la celebración de la junta extraordinaria; en cuanto a los hechos ocurridos con posterioridad a esta junta, el BGH condenó a los directivos como coautores de lesiones dolosas en virtud de una conducta activa, esto es, la puesta del producto en el mercado” (pp. 26-27).

omisión (en dicho caso Lederspray) y las posiciones de garantía que al respecto se han construido; siendo posible resumir dicho análisis de la siguiente manera:

Tabla 4

Caso Lederspray. Posición de garantía

No.	Posición de garantía-fundamento	Observación/ análisis
1	Existencia de una posición de garante de los directivos de la empresa sobre la base de los deberes de aseguramiento del tráfico.	El fundamento para predicar una posición de garantía respecto de los directivos y, por tanto, la obligación de retirar el producto de los diferentes comercios encuentra su sustento en los deberes de aseguramiento del tráfico.

Así las cosas, se señala lo siguiente:

“La tesis de la Audiencia de Mainz de que las lesiones producidas por los esprays se han realizado -primero imprudente, y luego dolosamente- en comisión por omisión porque los deberes del tráfico obligaban a los directivos, como garantes, a retirar el producto del mercado, con lo que se hubieran evitado los daños en la salud que sufrieron diversos consumidores, ha encontrado un amplio eco en la doctrina.

(...)

En ese sentido se han manifestado, entre otros, Seelman, Freund, Jakobs, Puppe, Hilgendorf y Brammsen”
(Gimbernat, 1997, pp. 52-53)

No obstante lo anterior, frente a esta postura se formula la siguiente crítica:

“Frente a la tesis de este sector de la doctrina que acabamos de exponer, y de la Audiencia de Mainz, de que en el presente caso estaríamos ante unas lesiones en comisión por omisión porque los directivos de la empresa tendrían una posición de garante fundamentada en sus deberes de aseguramiento del tráfico que les obligaba a retirar el producto, con lo que se hubieran evitado los perjuicios que realmente se ocasionaron, se

ha objetado que tales deberes solo fundamentan una posición de garante mientras el obligado tiene la cosa bajo su dominio, pero no cuando aquélla ha salido de su esfera de influencia y, como en el caso “Lederspray” y por ejemplo se encuentra ya en manos de los consumidores” (Gimbernat, 1997, p. 54).

-
- | | | |
|---|---|---|
| 2 | Existencia de una posición de garante de los directivos sobre la base de un actuar precedente (injerencia). | El fundamento para predicar una posición de garantía respecto de los directivos encuentra su sustento en el hacer precedente (incorporar el spray en el mercado). |
|---|---|---|

Bajo el desarrollo de esta postura se señala lo siguiente:

“El BGH fundamenta la comisión por omisión de los directivos por no retirar el producto, una vez que se tuvo conocimiento de los daños que estaban causando, en el hacer precedente de aquéllos de haberlo introducido en el mercado” (Gimbernat, 1997, p. 54) (subrayas propias del texto).

“Según el BGH, “la posición de garante se siguió de un comportamiento de peligro anterior contrario al deber (injerencia)” [haber introducido en el mercado el producto], ya que “el comportamiento previo - fundamentador del peligro- de los acusados fue objetivamente contrario al deber. Ello se sigue de que el ordenamiento jurídico prohíbe en un principio –si bien, no sin excepciones- crear peligros de los que en el ulterior devenir se desarrollen daños corporales para terceros si no se interviene en el curso de los acontecimientos” (Gimbernat, 1997, p. 55)

Sin embargo, frente a esta posición se realiza una crítica en los siguientes términos:

“Si existe acuerdo en la doctrina, por consiguiente, en que la introducción en el mercado de los sprays para el cuero, por no ser cognoscibles sus defectos, no infringió

el cuidado debido, entonces la única posibilidad de fundamentar una omisión impropia por injerencia es la de modificar el planteamiento hasta ahora dominante y admitir que la posición de garante por un hacer precedente puede surgir también aunque éste haya sido plenamente conforme a Derecho” (Gimbernat, 1997, pp. 57-58).

En síntesis, bajo esta postura se tiene que, el BGH le dio una interpretación diferente a la que se venía manejando en relación con la injerencia como fuente de la posición de garantía, al punto de considerar que dicha posición podía originarse en un comportamiento previo que se desplegó conforme a Derecho, pero que en todo caso, posteriormente dio lugar a lesiones sobre bienes jurídicos.

3	El rechazo de una omisión impropia en el caso	“Un sector de la doctrina, encabezado por Schüneman, estima que en el caso “Lederspray”, o en cualquiera otro de estructura análoga en la fabricación y comercialización de productos que luego resultan perjudiciales para los bienes de la salud -o, incluso, de la vida-, no es posible fundamentar una posición de garante de los directivos de las empresas, por lo que éstos solo pueden responder de una omisión del deber de socorro” (Gimbernat, 1997, p. 60).
---	---	---

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, después de poner de presente en términos generales que el escenario de la responsabilidad penal por producto defectuoso puede dar lugar a situaciones en las que se estructure una posición de garantía respecto de los directivos; pero además, de presentar algunas de las posturas que se construyeron en torno al emblemático caso Lederspray, se pasará entonces a hacer un recuento de esas posiciones que se encuentran al interior de la doctrina y que han planteado el fundamento que da lugar a predicar la existencia de una posición de garante

respecto de los directivos o superiores jerárquicos de la unidad organizativa en los eventos de responsabilidad penal por el producto defectuoso.

Por consiguiente, se pasará a presentar metodológicamente las propuestas que se encuentran más relevantes para sustentar la posición de garantía de los directivos o superiores jerárquicos, que, en todo caso, podrá hacerse extensiva a los profesionales expertos y encargados del proceso de calidad y/o control. Sin embargo, debe darse claridad sobre un aspecto y es que, si bien al interior de la literatura se hace referencia a la “posición de garante del empresario”, ello realmente hace alusión al superior jerárquico, directivo o representante legal, es decir, al máximo órgano de representación de una compañía, esta última constituida como persona jurídica, en tanto que, como se advirtió en las primeras líneas del presente trabajo, no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, además de que en Colombia no está prevista la responsabilidad penal de la persona jurídica.

2.1. Postura que fundamenta la posición de garante del miembro directivo o representante legal en razón a la existencia de deberes jurídicos extrapenales como los del ámbito civil

Para esta propuesta se estructura la posición de garante de los directivos o en su caso, de los superiores jerárquicos de la organización empresarial desde una perspectiva meramente formal, es decir, a partir del incumplimiento de obligaciones o deberes específicos que se consagran en la normatividad extrapenal, principalmente en leyes de naturaleza civil y/o administrativa. Sin embargo, dicha postura no es muy compartida por la doctrina, en tanto que no es de recibo que la configuración o estructuración de una posición de garantía se restrinja a una mera infracción de un deber, además de que los ámbitos extrapenales de los que se toman los deberes jurídicos persiguen fines diferentes a los del derecho penal.

Por su parte, Crespo (2008), en cuanto a esta postura señala lo siguiente:

1. Una posibilidad manejada por la doctrina para fundamentar la posición de garante del empresario, ha sido la existencia de específicas obligaciones jurídicas provenientes de la normatividad extra-penal. Sin embargo, la posición de garante no puede derivar sin más de la infracción de dicha normativa, sino que hace falta un “injusto de comportamiento”, por lo que se hace necesario acudir a una argumentación material o valorativa. (p. 75)

Ahora bien, Contreras Chaimovich (2017) hace mención a una postura que puede ubicarse en esta primera propuesta y la denomina la posición de garante que se fundamenta en los deberes desarrollados por la jurisprudencia civil. En ese sentido presenta las siguientes consideraciones:

Parte de la doctrina en Alemania intenta fundamentar la posición de garante del fabricante a través de los deberes de conducta desarrollados por la jurisprudencia civil de la responsabilidad por el producto.

(...)

En el Derecho alemán, las acciones civiles para obtener una indemnización por los perjuicios causados por productos defectuosos pueden sustentarse tanto en la Ley de responsabilidad por el producto (ProdHaftG), como en la norma general de responsabilidad extracontractual prevista en el párrafo 1 del § 823 del código Civil (en adelante “BGB”).

Según esta disposición, el obligado a indemnizar el daño tiene que haber causado la lesión a un bien jurídico a través de una conducta objetivamente contraria a deber, que haya sido dolosa o negligente, produciéndose a consecuencia de ello un perjuicio. En una práctica jurisprudencial iniciada en los años sesenta del siglo pasado, los tribunales civiles han categorizado aquellas exigencias objetivas del cuidado que todo fabricante debe cumplir. Así por ejemplo, tiene la obligación de diseñar el producto de acuerdo al estado más reciente de la técnica, garantizando de esta manera que el bien sea seguro en caso de ser utilizado de un modo racional por el consumidor (deber de diseño). Por otra parte, tiene el deber de informar acerca de todos los

riesgos del producto que el consumidor no esté en condiciones de reconocer por sí mismo (deber de instrucción). El fabricante tiene la obligación, además, de indagar la existencia de riesgos que no hayan podido ser advertidos ni evitados al momento de la introducción en el producto en el mercado, y de estudiar las eventuales consecuencias perjudiciales para los intereses de los consumidores que la utilización del bien trae consigo (deber de vigilancia). Si en el cumplimiento del deber de vigilancia se reconoce la existencia de un riesgo desarrollado que no pueda ser eliminado a través de la mera advertencia a los consumidores, los tribunales han declarado que el fabricante tiene la obligación de retirar el producto del mercado. (Contreras Chaimovich, 2017, pp. 32-33).

Igualmente, en relación con esta posición, indica dicho autor que los partidarios de la misma consideran que “no existiría obstáculo alguno para que la posición de garante del fabricante se fundara a través de deberes establecidos por la jurisprudencia civil” (Contreras Chaimovich, 2017, p. 35); pero, a su vez sostiene que, la posición de garantía:

Basada en los deberes de conducta del Derecho civil no es suficiente por sí misma para condenar al fabricante; es necesario que concurran los elementos que integran la tipicidad del delito, que la conducta sea además antijurídica y que esta se le pueda reprochar al fabricante. (Contreras Chaimovich, 2017, p. 35).

Finalmente, el mismo autor concluye frente a esta posición que no es de recibo, con fundamento en las siguientes consideraciones:

- El hecho de que en la responsabilidad civil por el producto se reconozca la existencia de deberes jurídicos relativos a la advertencia y retirada y se imponga una sanción (§ 823 del CC) en caso de desconocimiento:

No significa que tenga que aceptarse forzosamente una posición de garante [ámbito penal]. Por el contrario, como existe una praxis que ha impuesto sanciones civiles en caso de quebrantamiento del deber de advertencia o retirada puede plantearse la duda de si acaso la intervención penal por

la vía de la omisión impropia es legítima, atendiendo que el ordenamiento jurídico cuenta con sanciones menos gravosas que las penales para reaccionar frente a la violación del deber.

(Contreras Chaimovich, 2017, p. 36)

Y a renglón seguido señala que:

Solo pueden recibir una sanción penal aquellas infracciones a deberes jurídicos especialmente graves. Los partidarios de la asunción de criterios propios del Derecho civil para fundar una posición de garante no aportan razones que expliquen por qué -atendido el carácter fragmentario del Derecho Penal- la lesión a los deberes de advertencia y retirada tienen que ser sancionados no solo civilmente, sino también penalmente a través de los delitos de omisión impropia (Contreras Chaimovich, 2017, p. 37).

En síntesis, podría indicarse en relación con esta primer postura, que es un desarrollo de la teoría del deber jurídico, pero en el ámbito del derecho penal económico y del empresarial, siendo posible entonces predicar la misma crítica que se le hace a dicha teoría, consistente en que si bien fija el ámbito civil o administrativo como fuente a la que se puede acudir para deducir el deber jurídico del fabricante (entendiéndose como el directivo o en su caso, a los superiores jerárquicos de la organización empresarial) y predicar una posición de garantía, no ofrece ningún elemento o criterio material que permite delimitar ese deber.

2.2. Postura que fundamenta la posición de garante del miembro directivo o representante legal en razón a la existencia de un deber de protección

Bajo esta concepción, que ha sido desarrollada principalmente desde la doctrina alemana, se sitúa al empresario (entiéndase como a los directivos o en su caso, los superiores jerárquicos de la organización empresarial como máximos representantes de una empresa y en cierta medida como su imagen visible) en la misma posición que ostentaría un funcionario (público) respecto

de la protección de los bienes jurídicos. En otras palabras, se tendría por parte del empresario, las mismas obligaciones que tiene un funcionario sobre la protección de los bienes jurídicos.

No obstante lo anterior, otro sector de la doctrina sostiene que no es posible formular esa equiparación, comoquiera que el empresario no tiene a su cargo una obligación de carácter general de proteger o conservar los bienes jurídicos de los consumidores o de otro modo, no tiene dominio ni poder de decisión sobre los bienes jurídicos de los consumidores.

Crespo (2008) indica frente a esta postura lo siguiente:

La figura del garante protector, discutida en la bibliografía especializada en el marco de la responsabilidad de los funcionarios, no encaja bien en el ámbito de la empresa, ya que no se da el elemento del monopolio del dominio y de la decisión sobre los bienes jurídicos. (p. 75)

Así las cosas, y aun a riesgo de que resulte reiterativo, se tiene que bajo esta postura se consideraría que los directivos o los superiores jerárquicos de la organización empresarial como máximos representantes de la unidad organizativa y en cierta medida como su imagen visible, tendrían a su cargo las mismas obligaciones que tienen en cabeza suya los funcionarios (públicos), respecto de la protección de los bienes jurídicos; postura que en todo caso, como ya se anunció, es criticada, por cuanto se considera que, realmente no es factible admitir que los directivos o los superiores jerárquicos tengan en cabeza suya una obligación de carácter general de proteger o conservar los bienes jurídicos de los consumidores.

2.3. Las que fundamentan la posición de garante del miembro directivo o representante legal en virtud de la existencia de un deber de vigilancia

Se advierte en esta postura que se pueden dividir en dos grupos: el primero, que exige un comportamiento previo y el segundo, que no toma en consideración un comportamiento previo para estructurar una posición de garante.

2.3.1. Las que requieren un comportamiento previo:

- **Teoría de la injerencia o del hacer precedente bajo la vertiente de la contrariedad a deber:** para esta postura, se estructura una posición de garante y, por lo tanto, se exige la realización de mandatos de evitación de resultados, en aquellos eventos en los que el empresario ejecuta una acción previa contraria a deber, que conlleva a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (*ex ante*) de lesión para un bien jurídico.

Pese a ser una posición dominante, se restringe a un solo escenario, aquel donde el empresario desde antes de ejecutar la actuación conoce, a partir de su experiencia, que esta puede ocasionar lesiones a los bienes jurídicos de los consumidores, es decir, estando en posibilidad de ajustar su comportamiento a los deberes que operan para el desarrollo de la actividad, no lo hace. De ahí que, según lo propone esta postura, si en el camino, el empresario avizora o se da cuenta de que con el producto se están afectando bienes jurídicos de los consumidores, no habría lugar a establecer o predicar una posición de garantía de parte de él y, por ende, no se le podría exigir poner en marcha medidas de salvamento; cuestión que viene siendo objeto de reproche.

Ahora bien, a partir de lo predicado por dicha postura, se presenta la crítica que realiza Crespo (2008):

Ya sólo el alcance de la posibilidad de construir una posición de garante sobre la base de la injerencia presenta multitud de problemas, como se ha puesto especialmente de relieve en los casos de responsabilidad penal por el producto. Como línea de principio, esa posición de garante no puede derivar en ningún caso de la mera casualidad, sino en todo caso de la imputación objetiva del actuar previo. Pero los límites a la injerencia como fuente de posición de garantía han sido desmontados en más de una ocasión, como sucedió en la famosa sentencia del spray para el cuero por parte del Tribunal Federal alemán (p. 76).

Así las cosas, cuando Crespo (2008) sostiene que los límites a la injerencia como fuente de posición de garantía han sido desmontados, quiere ello decir que se ha llegado a admitir que incluso un hacer previo conforme a derecho puede estructurar una posición de garantía en el ámbito empresarial y como complementación de lo que acaba de plantearse, se considera importante presentar las consideraciones que plantea Sarrabayrouse (2020), quien señala que (i.) la complejidad del tópico de la responsabilidad penal por el producto, es lo que ha llevado a varios autores a prescindir para fundamentar la posición de garantía del fabricante, del supuesto de que el comportamiento previo debe ser contrario al deber; siguiendo este camino autores como Bachman, Rudolphi, Meir, Khulen, este último quien se centra en sostener que el conocimiento especializado del fabricante y por tanto, su posibilidad de actuar, es lo que le permite asumir deberes de protección sobre los bienes de los consumidores, estructurando una posición de garantía; Y (ii.) la producción y, por consiguiente, la incorporación de bienes en el comercio, constituyen una actividad tan riesgosa en la sociedad actual, que es lo que da lugar a predicar una posición de garantía respecto del fabricante e incluso del distribuidor, independientemente de que al momento de la distribución del producto conociera o no la peligrosidad del mismo

- **La teoría de la injerencia o del hacer precedente bajo la vertiente de la especial peligrosidad:** en esta concepción, la circunstancia que da lugar a estructurar una posición de garante del empresario es un actuar previo “especialmente riesgoso”, el cual incrementa el riesgo (permitido). Sin embargo, su mayor crítica es que no se ofrecen criterios materiales para determinar cuándo se está en presencia de un actuar especialmente peligroso.

En cuanto a esta postura, Contreras Chaimovich (2017) hace la siguiente crítica:

A diferencia de la doctrina mayoritaria relativa a la injerencia -que exige la contrariedad a deber de la comercialización previa del producto para fundar un deber de advertencia o retirada- esta teoría permite imponer un mandato de salvación incluso en aquellos casos en que la comercialización se mantuvo dentro del riesgo permitido. En efecto, aun cuando el producto se haya introducido en el mercado cumpliendo cabalmente los respectivos deberes de diseño, fabricación e instrucción, el productor estaría obligado por injerencia a una advertencia o retirada, si es que con posterioridad a la comercialización fuera cognoscible para él que el bien representa un peligro en caso de utilización racional.

El resultado final al que llega la teoría que renuncia a la contrariedad a deber para sustentar la injerencia es correcto: el fabricante está obligado a emprender medidas de evitación en favor del consumidor; sin embargo, su presupuesto conceptual (la idea de la “especial peligrosidad” del actuar previo) es débil. Porque en un continuo entre peligrosidad mínima y cercanía máxima al daño es casi imposible determinar un punto exacto en que el riesgo de la acción previa se eleve o califique. Para enjuiciar una conducta como especialmente peligrosa o de riesgo incrementado son indispensables criterios objetivos, los que esta teoría no ha podido desarrollar. La creación de "peligros mayores que los existentes en los comportamientos cotidianos ineludibles" o el despliegue de una actividad "calificadamente peligrosa por existir autorizaciones condicionadas", resultan ser pautas extremadamente vagas para cualquier proceso de concretización de deberes jurídicos con relevancia penal (p. 23).

- **La teoría de la desestabilización de una fuente de peligro (preexistente):**

Para esta postura, el fabricante, el dueño del negocio o la persona encargada ostenta una posición de garantía respecto del foco de peligro que desarrolla o ejecuta su industria y, por lo tanto, debe estar vigilándola y adoptando las medidas de precaución pertinente. De ahí entonces que, si se abstiene de adoptar las medidas para que se mantenga el riesgo dentro de lo permitido o no reconduce el riesgo al nivel acorde con el derecho, en aquellos eventos en que se superen

los límites de lo jurídicamente relevante tolerado, se valoraría el hecho a la luz de una omisión impropia.

Una de las críticas o reproches que se hace en relación con esta tesis es que no considera que se fundamenta la posición de garantía del fabricante en los eventos que no tienen que ver directamente con el foco de peligro que ejecuta la empresa.

2.3.2. Las que renuncian al comportamiento previo

- **La teoría que se basa en la vigilancia de la fuente de peligro dentro del ámbito de dominio:** Para esta concepción se configura la posición de garante del fabricante, en tanto este debe vigilar las fuentes de peligro que se sitúan dentro de su ámbito de dominio, es decir, dentro de la actividad que desarrolla, independiente de si la conducta que se ejecutó de forma previa fue contraria a deber o si se estaba dentro del marco de una actividad tolerada.

El mayor reproche para esta postura es que cuando ya el producto ingresa al centro del comercio, dígase a los establecimientos de comercio, este deja de estar bajo el dominio, lo que no exige que, posterior a ello, el fabricante y/o distribuidor tenga una posición de garante que lo obligue a realizar o emplear medidas que anulen los riesgos para los bienes jurídicos.

Contreras Chaimovich (2017) en la descripción, aunque general de esta posición, señala que “el elemento fundante del deber de garante es el dominio efectivo sobre una fuente de peligro que se encuentra dentro de un ámbito espacial de influencia; de ese dominio se deriva – precisamente- la obligación de controlar el peligro” (p. 26). Aunado a lo anterior, también argumenta que:

A diferencia de la concepción tradicional del hacer precedente, la posición de garante derivada de las fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio no requiere ninguna contrariedad a deber de la conducta para fundamentar un mandato de evitación. En consecuencia, aunque el

carácter defectuoso del producto no sea cognoscible para el fabricante al momento de su comercialización, este está obligado a la respectiva advertencia o retirada si con posterioridad reconoce un riesgo de desarrollo (...) el deber de salvación basado en las fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio obliga siempre a aquel o a aquellos ejecutivos que ejercen tal dominio, con independencia de que hayan sido ellos quienes pusieron el producto defectuoso en el mercado. (Contreras Chaimovich, 2017, pp. 30-31)

No obstante lo anterior, el mismo autor desarrolla una crítica a esta postura señalando que el concepto relativo al dominio en el ámbito empresarial podría normativizarse y por tanto restringirse a un concepto que abarque no solo un control desde la perspectiva fáctica del producto sino desde la institucionalidad, lo cual únicamente podría darse entre empresas con una relación de subordinación desde el punto de vista organizativo, pues en el caso de empresas totalmente independientes como por ejemplo, cuando una es la que fabrica y otra totalmente diferente es la que distribuye el producto, no podría ejercerse por la empresa productora ninguna clase de influencia sobre el objeto peligroso después de que salgan de sus instalaciones, y por consiguiente, bajo este último supuesto la noción de dominio no resulta siendo idónea para fundamentar ese mandato de evitación de resultados lesivos a los consumidores.

Igualmente, crítica este autor que ha habido otros doctrinantes como Weißer que han tratado:

(...) de ampliar el concepto de dominio sobre la fuente de peligro, entendiendo que este también se configura cuando existen posibilidades por parte de un ejecutivo de intervenir en el proceso productivo, o de ejercer influencia sobre el producto, resultan cuestionables, porque sustentan el deber jurídico de advertencia o retirada en un mero dato de la naturaleza. No existe ninguna razón para derivar de la circunstancia fáctica de estar en condiciones de advertir de los riesgos del producto al consumidor, o de retirar el bien del mercado, un mandato de salvamento. (Contreras Chaimovich, 2017, p. 31)

Y finalmente, el autor sostiene que no resulta consistente estructurar una posición de garantía del fabricante mediante dicho criterio.

- **La de asunción de una función de protección:** Bajo esta postura, el fabricante (si bien se utiliza este término deberá entenderse que se hace referencia a los órganos directivos o en su caso, a los superiores jerárquicos de la organización empresarial) asume voluntariamente funciones de protección respecto del consumidor, y este último deposita una confianza en aquel; existiendo entre ambas partes una relación de expectativas.

El problema de esta concepción es que no se tiene claridad sobre el momento en el que el fabricante asume voluntariamente esa protección en relación con el consumidor y por su parte, tampoco es claro cuándo el consumidor deposita su confianza en el fabricante y abandona la adopción de medidas de cuidados; de otro modo, no hay criterios que permitan establecer el momento en particular, en el que se asume la protección (por el fabricante) y se renuncia (por el consumidor) a la adopción de medidas de seguridad.

Contreras Chaimovich (2017) cuando describe esta postura, inicialmente se refiere en términos generales y no desde el ámbito empresarial, y a su turno menciona que el fundamento de dicha posición de garantía es:

El fundamento de la posición de garante por asunción es la dependencia ético-social frente al bien protegido, en el sentido de una relación de expectativas recíprocas surgida de una situación de confianza luego de la aceptación voluntaria del deber de evitación (p. 38) (subrayado fuera del texto).

Seguidamente, dicho autor reseña que algún sector de la doctrina ha admitido que la asunción voluntaria también puede ser una fuente a través de la cual se predique una posición de garantía en cuanto a un fabricante:

Para algunos autores la asunción voluntaria de funciones de protección podría fundar la posición de garante del fabricante. En la moderna sociedad de consumo el adquirente de bienes no tiene ninguna posibilidad de comprobar por sí mismo el carácter seguro de estos o descubrir riesgos de desarrollo inadvertidos al momento de la comercialización. Eso hace que el consumidor se vea obligado a confiar en que el fabricante no solo pondrá en el mercado productos seguros en caso de utilización racional, sino también que los vigilará activa y pasivamente, y ejecutará las respectivas medidas de evitación, en forma de acciones de advertencia o retirada. El fabricante sabe también que el consumidor es incapaz de reconocer por sí mismo la existencia de riesgos de desarrollo y que la conservación de la vida y salud de este puede llegar a depender de que emprenda las respectivas medidas de evitación. Por eso, cada vez que introduce un bien en el mercado, el fabricante estaría haciendo una promesa tácita de protección al consumidor de que indagará la presencia de riesgos inadvertidos al momento de la comercialización y emprenderá, dado el caso, las necesarias medidas de advertencia y retirada. Estas expectativas recíprocas entre fabricante y consumidor reflejadas en la existencia de deberes civiles de vigilancia, advertencia y retirada, de los cuales no se derivaría directamente una posición de garante, pero sí indicios de una función de protección que asume el fabricante. (Contreras Chaimovich, 2017, p. 39)

No obstante lo anterior, bajo el criterio de este autor, los deberes de garantía del fabricante no pueden tener su origen en la asunción de una función de protección y al respecto señala lo siguiente:

En efecto, como ya vimos, un elemento decisivo de la posición de garantía por asunción consiste en dar origen a un momento de peligro, que tiene lugar cuando una persona -confiando en que el garante asumirá la protección del bien jurídico o vigilará el foco de peligro-, se expone a ciertos riesgos, prescinde de ciertas medidas de protección u omite recurrir a otros para resguardar sus intereses. Ahora bien, la exposición al peligro, la prescindencia de medidas de resguardo o la renuncia a pedir el auxilio de otros solo pueden tener lugar cuando la función de protección se

asume efectivamente por el garante; solo en ese instante se puede confiar razonablemente en que la tarea de protección será cumplida. Atendiendo el desconocimiento absoluto que tiene el consumidor de los procesos internos de la empresa y, en consecuencia, del hecho de estar o no el fabricante inmediatamente dispuesto a cumplir con sus deberes de advertencia y retirada, aquel no puede saber si la asunción de la función de protección fue real. Sin ese antecedente, el consumidor no puede exponerse “confiadamente” al riesgo (Contreras Chaimovich, 2017, pp. 41-42).

Por otra parte, Sarrabayrouse (2020) indica en relación con esta postura (posición de garante del empresario por la asunción de una función de protección) lo siguiente:

Otra posición es la que sostiene Schünemann, quien, si bien en un principio rechazaba la existencia de una posición de garante de los fabricantes, la ha aceptado en trabajos posteriores, fundado en el criterio de la asunción de una función de protección.

Roxin adhiere a la posición de Schünemann y destaca que el criterio propuesto por éste funda mejor la posición de garante de los fabricantes.

En la sociedad moderna el consumidor no cuenta con ninguna posibilidad de comprobar la bondad y falta de peligro de un producto comprado; no le queda otro recurso que confiar en que el fabricante no sólo ha respetado todos los baremos o reglas de seguridad, sino que además, le informará también sobre los riesgos posteriores. Se trata de una realidad social evidenciada por los mismos deberes civiles de observación y de retirada, de los que no puede derivarse en forma inmediata una posición de garante; empero, ellos muestran elementos de la función de protección atribuida al fabricante.

El consumidor puede confiar en los conocimientos fácticos superiores del productor, que es quien primero recibe las informaciones sobre fallas aparecidas con posterioridad al ingreso del producto al mercado y quien puede encontrar las fuentes del defecto mediante la reconstrucción de los métodos de fabricación. Por todas estas razones, el fabricante asume la protección del

consumidor. Destaca Roxin que el propio Tribunal Supremo argumentó la cuestión con la misma línea de pensamiento en el caso del Lederspray. En esa oportunidad manifestó que la organización empresarial y el fabricante disponen de la visión más amplia de la situación, debido a que cuentan con los mejores conocimientos para juzgar la fiabilidad del producto y sobre esa base adoptar las medidas adecuadas; por lo tanto, una acción de retirada emprendida por los fabricantes tiene mayores posibilidades de ser efectiva en comparación con intervenciones de terceros (pp. 525-256).

Con todo, se tiene que las posiciones que vienen de referenciarse se restringen en concreto a tres: las que surgen o se estructuran con ocasión de deberes jurídicos extrapenales; las que surgen de un deber de protección; o las que surgen de un deber de vigilancia; sin embargo, estas no son las únicas posturas que se han desarrollado por la doctrina y es por ello que, en las siguientes líneas se hará mención a otras:

2.4. Sobre la posición de garante en el ámbito empresarial (Enrique Gimbernat Ordeig)

Sobre la cuestión de la posición de garantía en el ámbito empresarial, Gimbernat (1997) se formula la siguiente pregunta:

Como algunas industrias generan focos de peligros y como éstos pueden ser desestabilizados dolosa y delictivamente por terceras personas (pertenecientes o no a la empresa), causando entonces la lesión de bienes jurídicos, surge la pregunta de si el directivo o directivos competentes para la vigilancia de esos focos responden en comisión por omisión (generalmente imprudente, aunque es también perfectamente imaginable que la inactividad sea dolosa) por no haber evitado las consecuencias dañosas producidas por otro como autor inmediato (Gimbernat, 1997, pp. 96-97).

Y aunque no responde explícitamente la pregunta, a partir de ella efectúa un análisis a la luz del caso Colza al cual se hará mención en acápites posteriores, pero que en síntesis tuvo que ver con una intoxicación masiva que se dio en España, a inicios de los ochenta, como

consecuencia del desvío consciente al consumo humano de aceite de colza desnaturalizado y de uso industrial; y concluyó lo siguiente:

Según mi concepción de la omisión impropia, la abstención equivale desvalorativamente a un delito de acción cuando la inactividad del encargado de un foco de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de ese foco de permitido en ilícito o la no reconducción al riesgo permitido de un foco que ha desbordado ya los límites jurídicamente tolerados. (Gimbernat, 1997, p. 99)

De ahí entonces que, siguiendo lo manifestado por García Gutiérrez (2018, p. 85), se tendría que, para Gimbernat:

- i) Los directivos o superiores jerárquicos de una empresa pueden incurrir en responsabilidad penal en comisión por omisión y, claramente, ostentan una posición de garantía
- ii) El directivo o superior jerárquico tiene tanto el deber de vigilar los focos de peligro que se generen por la empresa como por lo que explota, pero también está obligado o tiene el deber de evitar resultados lesivos para los bienes jurídicos.
- iii) Lo relevante desde el punto de vista penal es que el directivo o superior jerárquico no haya impedido o no haya intervenido, teniendo ello incidencia en el foco de peligro relacionado con la actividad desarrollada por la empresa, generando un menoscabo o lesión a los bienes jurídicos.
- iv) En todo caso, el directivo o superior jerárquico tiene que estar cumpliendo con disposiciones normativas extrapenales, que en muchas ocasiones constituyen preceptos preventivos.
- v) La vigilancia sobre un foco de peligro es permanente. (p. 85)

En síntesis entonces, podría sostenerse que el fundamento de la posición de garantía del directivo o del superior jerárquico para dicho autor estaría en la circunstancia de que tiene a su cargo la vigilancia (en tiempo completo) de una fuente o foco de peligro, el cual puede llegar a ocasionar o desencadenar un resultado típico, lo que en todo caso, lo obliga bien a intervenir sobre esa fuente para evitar que se convierta en un riesgo ilícito o bien para encausarlo cuando sobrepasa lo jurídicamente permitido.

Ahora bien, Crespo (2012), señala lo siguiente en relación con la tesis de Gimbernat:

Gimbernat ha tratado de fundamentar la tesis según la cual “solo existe un delito impropio de omisión cuando quién está obligado a vigilar un foco de peligro preexistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien -para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de los jurídicamente tolerado- lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a Derecho. (p. 82)

Esta tesis lleva a Gimbernat a sostener en primer plano, como ya ha quedado dicho, que el dueño del negocio debe vigilar los eventuales focos de peligros explotados por su empresa. En segundo término, a la consecuencia, de que solo se le puede hacer responsable en comisión por omisión “si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido -e independientemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa- consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente menoscabos de bienes jurídicos. De ahí que, para él, haya que rechazar por este motivo la fundamentación de la posición de garante del empresario en todos aquellos casos en los que los hechos punibles no tienen que ver directamente con los auténticos focos de peligro de cuyo control es responsable (hurtos, cohechos, competencia desleal, manipulaciones del crupier del casino, acciones violentas del portero de la discoteca, etc.), y en los que, por otra parte, no se puede considerar al sujeto que

actúa (un trabajador) como una “fuente de peligro” por resultar incompatible con el uso normal del lenguaje. (p. 83)

2.5. Posición de garantía del empresario (Juan Antonio Lascuráin Sánchez)

Lascuráin (2018) en su texto: *La Responsabilidad Penal Individual en los Delitos de Empresa*, se hace la siguiente pregunta “¿De qué es garante el empresario? y al respecto sostiene:

De cara a la responsabilidad penal individual omisiva en la actividad de la empresa importa destacar que existe una **posición de garantía del titular de la empresa** precisamente por su calidad de emprendedor: porque comienza una actividad productiva. Como esa actividad productiva supone riesgos para terceros, quien la inicia será garante de su control, sea por injerencia, sea por mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio, en su círculo de organización.

En la propia razón de ese deber de garantía están sus límites. El empresario no es garante en relación con todos los peligros que para terceros surjan de su empresa, sino solo en relación con aquellos que sean expresión de la actividad propia de la empresa y que la catalogan como fuente de peligro, lo que ocurrirá notoriamente con los riesgos laborales o para el medio ambiente, con los que puedan provocar derrumbes o explosiones, o con el riesgo que para la salud de los consumidores pueda suponer el consumo de alimentos, bebidas o fármacos producidos por aquélla, por poner algunos ejemplos. Tampoco parece merecer mayor discusión la posición de garantía de la empresa respecto de las personas, objetos o datos cuyo cuidado se encomienden a la empresa. En este caso la fuente del deber de garantía sería la delegación. (Lascuráin, 2018, p. 94) (negrilla fuera del texto)

De ahí entonces que, es dable admitir en relación con lo manifestado por el autor que parte del supuesto de que el empresario ostenta una posición de garante, y pareciese ser que el fundamento para predicar dicha situación especial respecto del empresario es el hecho de que tiene una calidad de emprender, pero más importante aún es porque la explotación o el desarrollo

de la actividad productiva supone riesgos para terceros, es decir, es una fuente o foco de riesgo. Pero igualmente, sostiene este autor que ese deber de garantía que se ubica en cabeza del empresario no es absoluto y tiene unos límites que se encuentran en su “propia razón de ser”, es decir, que el empresario solo es garante de los peligros que “sean expresión de la actividad propia de la empresa y que la catalogan como fuente de peligro” (Lascurain, 2018, p. 94).

Claramente, entre la posición de garantía del fabricante desarrollada por Gimbernat y Lascurain hay una similitud pues parten del fundamento de que la empresa es un fuente o foco de riesgo

2.6. En relación con la comisión por omisión en el ámbito empresarial (Iván Fabio Meini Méndez)

En cuanto a esta forma de omisión (impropia), que exige entre otros aspectos, que una persona se encuentre en una posición especial respecto de un bien jurídico o de otro medio, que ostente una posición de garantía, señala el autor lo siguiente:

En resumen, el deber de garante del titular [refiriéndose a los directivos] se fundamenta en el hecho de haber organizado y puesto en marcha, libremente y con exclusión de terceros, una actividad empresarial (que, per se, conlleva riesgos) que implica el recurso y utilización, por un lado, de elementos y procedimientos peligrosos y, por otro, de personal bajo su dirección, siendo el caso que al tener un dominio sobre éstos como algo derivado de la estructura organizativa, tiene también, en consecuencia, el deber de evitar que los mismos lesionen intereses de terceros en su utilización y puesta en marcha (elementos y procedimientos, respectivamente) o comportamientos (personal subordinado) para la empresa. Con todo, el problema radica -como ha señalado Martínez-Buján- en conjugar estos dos criterios y precisar cuándo aparece y, sobre todo, cuáles son, concretamente, los deberes de garante del titular que surgen de la conexión entre las facultades de autoorganización y la actuación del subordinado. (Meini, 1999, p. 903)

Aunado a lo anterior, sostiene que el fundamento para estructurar una posición de garantía respecto del directivo o superior jerárquico es la injerencia y en ese sentido, manifiesta lo siguiente:

Acorde con ello, en lo que nos interesa, y habiendo señalado que la actividad empresarial puede ser considerada como una actividad de riesgo (infra III.2) cuya puesta en marcha crea un peligro inminente que es propio para producir resultados lesivos en bienes jurídicos, la actividad empresarial, per se, se subsume en la inferencia o actuar precedente como fuente de deber de garante, algo que se aprecia con claridad en las grandes sociedades mercantiles -y ni que decir de las transnacionales-. (Meini, 1999, p. 894)

2.7. Posición de garante del fabricante (Carmen Juanatey Dorado)

Juanatey Dorado (2005) en su texto: *Responsabilidad Omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado*, asigna un apartado para ocuparse de los argumentos que se han esgrimido (a favor) y que permiten sustentar una posición de garantía en relación con el fabricante; análisis que es importante revisar, aunque de forma sucinta y para tal efecto, se tiene que:

1. Inicia el análisis con la fuente de **la injerencia** y respecto de esta fuente señala lo siguiente:

No obstante, un criterio que se ha ido imponiendo en la doctrina alemana y que ha sido acogida también en la española es que la acción previa creadora del riesgo para poder fundamentar una responsabilidad por injerencia tiene que ser contraria a deber (para algunos, el resultado desaprobado debe ser por lo menos objetivamente previsible para los destinatarios de la norma y evitable mediante un comportamiento conforme a la norma; de lo contrario no se puede hablar de infracción de deber). Esto es, solo cuando ese actuar precedente sea contrario a Derecho sería admisible la injerencia (Juanatey Dorado, 2005, p. 138)

Sin embargo, en cuanto a esta fuente, dicha autora admite que el criterio debería ser matizado y realiza la siguiente consideración:

Ni todo actuar precedente peligroso contrario a deber por sí solo, permitiría fundamentar una posición de garante ni el hecho de que la creación previa del riesgo sea conforme a deber puede, sin atender a más consideraciones, cerrar la posibilidad de imputar los posibles resultados que del mismo se deriven a título de comisión por omisión. La creación previa del riesgo para el bien jurídico constituye un elemento claramente relevante, si bien no determinante. (Juanatey Dorado, 2005, pp. 139-140)

Pero seguidamente, concluye que: “prima facie la idea de injerencia, sin más, no permitiría fundamentar una omisión impropia, sino que es necesario algo más” (Juanatey Dorado, 2005, p. 140) y a su vez sostiene que:

Así pues, éste sería el primer paso a favor de la posibilidad de aceptar la posición de garante del productor o fabricante: la creación previa del riesgo sitúa, en principio, a quien lo crea en una posición de deber distinta a la de cualquier otro tercero y obliga a seguir indagando si concurren otros elementos que permitan imputarle los resultados lesivos en que desemboca el curso causal puesto en marcha por su actuar precedente peligroso. (Juanatey Dorado, 2005, p. 143)

En síntesis, encuentra esta autora que es admisible fundamentar la posición de garantía en la injerencia, en razón a que el fabricante con el actuar previo puede crear un riesgo para los bienes jurídicos, lo que hace que este se encuentre en una posición diferente a un tercero; sin embargo, deberán gestarse otros elementos, de cara a establecer si puede atribuir al fabricante los resultados lesivos que se lleguen a desencadenar o en otras palabras, para la autora el criterio de la injerencia debe ser matizado.

2. Continúa el análisis, con los llamados deberes de aseguramiento del riesgo y frente a estos señala: “Partimos, pues, de que el productor o fabricante que ponen un producto en

el mercado tienen unos deberes que no tiene un tercero cualquiera y que estos deberes le corresponden precisamente por el hecho de haberlo puesto en el mercado” (Juanatey Dorado, 2005, p. 143).

Así pues, la protección de los derechos del consumidor o usuario conlleva la obligación del productor o fabricante de ofrecer una información eficaz y veraz, lo que implica la necesidad de actualizar esa información y, en consecuencia, de llevar a cabo un control y vigilancia sobre el producto mientras se encuentre en el mercado. Esto es, se autoriza a comercializar productos que puedan resultar peligrosos siempre y cuando se adopten ciertas cautelas previas y se asuma el compromiso de llevar a cabo deberes de vigilancia “razonable” -en algunos casos minuciosamente regulados- y de informar, en su caso, de los riesgos sobrevenidos. Se podría afirmar que la aceptación de esas obligaciones significa que los productores y fabricantes han asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos. (pp. 46-147)

La existencia de esta obligación no implica la aceptación de un “deber de vigilancia universal y absoluto” (Juanatey Dorado, 2005, p. 147), pero sí un cierto deber de control mientras el producto se encuentre en el mercado. “Por todo ello, parece obvio que en el momento en que el productor o fabricante tienen conocimiento de que su producto puede suponer un riesgo para la salud o vida de los consumidores tienen la obligación de informar” (Juanatey Dorado, 2005, p. 147).

Aunado a lo anterior, se formula el siguiente cuestionamiento:

Aquí el problema sería el valorar qué nivel de sospecha ha de alcanzar para que surja ese deber de informar, o en su caso, de retirar el producto; qué conducta del productor o fabricante se ha de considerar suficiente para entender cumplido ese deber y, en consecuencia, se le puede exonerar de toda responsabilidad penal. (Juanatey Dorado, 2005, p. 148)

Y frente a la primera cuestión (qué nivel de sospecha ha de alcanzar para que surja ese deber de informar, o en su caso, de retirar el producto) señala que como no puede establecerse un criterio de validez general, debe acudirse a criterios generales como diligencia exigible al fabricante medio y la diligencia exigible al fabricante en el caso en particular, teniendo en cuenta sus conocimientos específicos. “Así, cuando se trate de riesgos para la vida o la salud de los consumidores, unas mínimas sospechas fundadas requerirán una actuación inmediata dirigida a prevenir el riesgo y, por tanto, surgirá el deber de informar” (Juanatey Dorado, 2005, p. 149)

Y en relación con la segunda cuestión (qué conducta del productor o fabricante se ha de considerar suficiente para entender cumplido ese deber) sostiene que igualmente debe acudirse a los criterios de exigibilidad media y en el caso concreto y en todo caso, deberá valorarse si la actuación del fabricante resulta adecuada y suficiente para cumplir el deber de información.

Finalmente, en cuanto a la posición de garantía que admite y desarrolla respecto del fabricante, en aquellos eventos de introducción correcta en el mercado de un producto, concluye, entre otras, las siguientes consideraciones:

1. El productor o fabricante, en los casos objeto de este análisis, generan un riesgo permitido, pero jurídicamente relevante: todo aquel que realiza este tipo de actividades (introducción de productos de mercado) genera ciertos riesgos y, por esta razón, asume unos deberes específicos que le vienen impuestos por normas jurídicas.
2. Una vez que el productor o fabricante conocen la existencia de un fallo en su producto del que se derivan -o existe la sospecha de que pueden derivarse- riesgos para la vida o la salud de los consumidores, surgen los deberes de advertencia, información y en su caso, retirada del producto.
3. Si el productor o fabricante deciden no hacer nada (ni informar ni retirar el producto), el riesgo por ellos creados se transforma ya en un riesgo “no permitido”. Con su omisión, están

infringiendo especiales deberes jurídicos cuya finalidad es, precisamente, salvaguardar la salud y la vida de los consumidores. Además, cabe afirmar que aquellos tienen un dominio sobre el producto que genera “confianza en terceros”, quienes lo adquieren y usan en la creencia de que reúne las características que figuran en el etiquetado y que de no ser así, serían informados; esto es, el consumidor se encuentra frente al producto en situación de indefensión, dado que actúa en la confianza de que el productor o fabricante cumplirán con sus deberes y, en consecuencia, no toma precauciones que en otro caso sí tomaría. Finalmente, el productor o fabricante se encuentran en una posición privilegiada para poder evitar las consecuencias dañosas: disponen de mayores conocimientos -sobre el producto y sobre la situación de riesgo-, y tienen a su alcance más medios para analizar la situación y prevenir el riesgo. (Juanatey Dorado, 2005, pp. 156-157)

Ahora bien, las posturas que vienen de mencionarse realmente solo ofrecen criterios o argumentos para estructurar una posición de garantía respecto del empresario, sin que sea óbice para que también se puedan hacer extensivas a los profesionales expertos, encargados de las medidas de seguridad y calidad del producto; Y dicha expansión a estos funcionarios es posible, en la medida en que, siguiendo Paredes (2019) en los casos de responsabilidad penal por producto defectuoso:

(...) lo que resulta decisivo para calificar las conductas no es la posición formal ocupada por cada sujeto activo dentro de la estructura empresarial o el proceso de producción o comercialización, sino las funciones que (independientemente de su posición formal) cada sujeto haya efectivamente asumido. Sobre esta base, se puede afirmar que, por regla general (y siempre con la salvedad de que hay que comprobarlo en cada supuesto concreto), entre los empleados subordinados de una empresa, los únicos que pueden llegar a convertirse en autores de delitos de resultado en comisión por omisión son aquellos que se dedican a una de estas dos tareas: bien los responsables de aplicar medidas de seguridad al producto (ejemplo: los encargados de aplicar el aislamiento adecuado a las piezas eléctricas de un juguete), o bien los que tienen por misión el

control de su calidad (ejemplo: los encargados de comprobar que un alimento contiene la cantidad permitida de sustancias conservantes). Pues solamente ellos pueden llegar a tener atribuidos deberes de actuación positiva de tanta importancia para el control de los riesgos inherentes al producto como para que se pueda justificar su calificación como autores. No obstante, ello no quiere decir que todos los que participen de tales funciones y no las cumplan con diligencia deban ser calificados como autores por omisión: lo encargados de seguridad del producto o de su control de calidad que ostenten, materialmente, un rol central en el desarrollo de dicha función (los jefes de laboratorio, jefes de equipo, etc.); pero no, en cambio, el resto de los empleados que ejerzan dichas funciones, que deberán ser calificados como meros cooperadores (impunes, pues, si no obran con dolo).

En el caso de los directivos, son tres las funciones que el directivo de una empresa puede asumir y que resultan relevantes, cuando son ejercidas con dejación de responsabilidades, para su calificación como autor en comisión por omisión: las funciones de organización del proceso, las funciones de selección de las aportaciones al mismo (selección de personal, de las materias primas, de la maquinaria, etc.) y las funciones de coordinación entre todos los factores y unidades productivas. Cuando, en el caso concreto, el directivo en cuestión tenga efectivamente atribuidas tales funciones (es decir, no las haya delegado en nadie), las incumpla y, finalmente, se demuestre que ello ha contribuido de manera relevante a volver más previsible el resultado lesivo, entonces podrá decirse que su dejación de responsabilidades resulta equivalente a una verdadera determinación positiva del curso causal lesivo, y se le podrá calificar como autor del delito en comisión por omisión. Por el contrario, no lo será cuando las funciones que le correspondían estén, de hecho delegadas en un tercero. (Paredes, 2019, pp. 612-613)

Así las cosas, cada una de las posturas que acaban de relacionarse si bien aportan consideraciones relevantes que permiten fundamentar y predicar la posición de garantía respecto del empresario, algunas presentan importantes problemas, deficiencias y reproches, en cuanto a

la razón utilizada para fundamentar dicha posición especial del empresario y es por ello, que se considera pertinente, presentar una nueva propuesta que fundamente la posición de garante del empresario, entendiéndose que se hace alusión a los directivos o superiores jerárquicos de la empresa y que incluso, pueda hacerse extensiva a los profesionales expertos y encargados del proceso de calidad y/o de las medidas de seguridad del producto, y que finalmente, también resulte acorde con el ordenamiento jurídico colombiano.

No obstante lo anterior, resulta de gran relevancia y pertinencia, para los efectos del presente trabajo traer a colación algunas consideraciones generales en lo que respecta a la responsabilidad penal por producto defectuoso.

Tercer Capítulo

Consideraciones generales sobre la responsabilidad penal por producto defectuoso

3.1. Qué se entiende por responsabilidad penal por producto defectuoso

Antes de abordar propiamente este interrogante, es importante referir algunas consideraciones previas sobre el tópico de la responsabilidad penal por el producto defectuoso (RPPD), que permitirán tener un mejor panorama en relación con dicho asunto.

La responsabilidad penal por la comercialización y consumo de productos defectuosos o la responsabilidad penal por el producto es un tema que ha venido suscitando múltiples discusiones en el ámbito doctrinal, por cuanto según lo manifestado por varios autores, incluidos Contreras Chaimovich (2015, p. 267), se trata de un tema del cual se derivan múltiples problemas jurídicos que son complejos de abordar, además de que tienen que ver con diferentes aspectos dogmáticos, vinculados principalmente a cuestiones de la parte general del derecho penal. Entre algunos de los tantos problemas con los que se enfrenta la responsabilidad penal por la comercialización y consumo de productos defectuosos se encuentran: el de la causalidad; si las autorizaciones administrativas otorgadas a la empresa pueden ser catalogadas como una causal de atipicidad o justificación; si el dolo se constituye a partir de la peligrosidad del objeto que se produce; el uso del principio de confianza como criterio para establecer ámbitos de responsabilidad; los deberes a cargo del fabricante; problemas de autoría y participación; la posición de garante de los fabricantes, entre otros.

Del mismo modo, ha sido un tópico que ha tomado más relevancia desde el campo del derecho penal, pues cada vez son mayores los casos en los que a partir de la infracción de deberes específicos a cargo de fabricantes, distribuidores o comercializadores frente a los productos, se produce la muerte, daños físicos o se generan peligros y secuelas para la salud de

las personas que los consumen. De ahí entonces que, siguiendo a Kuhlen (2002, p. 74), se considere a la responsabilidad penal por el producto como un asunto que, desde la perspectiva de la necesidad, es normativa y preventivamente adecuado para los ordenamientos jurídicos.

Por su parte, es un hecho también, que “la Responsabilidad Penal por Producto Defectuoso es una rama del Derecho Penal de la Empresa” (Contreras Chaimovich, 2015, p. 266), que tiene fundamento en la deficiente o imperfecta gestión de los riesgos vinculados a los roles de los productores, distribuidores o de cualquiera que pueda intervenir en la cadena en relación con el producto; “lo que conlleva daños o peligros para la salud de los consumidores de dichos productos” (Marcazzolo Awad y Santibáñez Torres, 2020, p. 244) y, por esa vía, se lesionen los bienes jurídicos de la vida e integridad e incluso de la salud pública.

Igualmente, no se puede pasar por alto que la responsabilidad penal por producto defectuoso, siguiendo a Vogel (2001, p. 95), tiene sus orígenes en el derecho punitivo civil y, en ese sentido, en la responsabilidad civil por daños, estos últimos que se derivan de la fabricación o puesta en circulación en el mercado de un producto peligroso; sin que ello sea óbice, para señalar que, adquiere relevancia en el ámbito del derecho penal cuando, adicional a los daños, se ocasionan lesiones o incluso la muerte a quienes han utilizado o consumido el bien defectuoso.

Sumado a lo anterior, dentro de los casos más famosos de responsabilidad penal por producto defectuoso se encuentran el del Contergan (talidomina); el de Lederspray (espray para cuero); Holzschutzmittel (protector de madera); el aceite de colza; casos, que siguiendo a Hilgendorf (2002, p. 91), pusieron en una difícil tarea a los modos tradicionales de imputación jurídico-penal.

En este sentido y después de estas breves consideraciones, se pasará entonces a responder este primer interrogante trayendo a colación algunas de las definiciones que se han gestado al interior de la doctrina:

- Responsabilidad penal por el producto defectuoso o peligroso, expresión con la que se hace referencia a la responsabilidad penal de los productores o distribuidores de bienes de uso o consumo defectuosos o peligrosos respecto de las posibles lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos esenciales de los usuarios o consumidores, fundamentalmente la vida y la integridad personal (y, también en distinta medida, el patrimonio), derivadas de la utilización normal del producto en cuestión. (Díaz-Maroto y Villarejo, 2010, p. 18)
- Esta terminología, procedente de la doctrina alemana y que cada vez tiene mayor difusión entre nosotros -frente a la más clásica de “protección penal del consumidor”, cuyo ámbito es, por otra parte, más amplio-, se emplea para hacer referencia a la responsabilidad penal de los productores o distribuidores de bienes de consumo respecto de las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos esenciales de los consumidores (fundamentalmente la vida y la integridad) derivadas de la normal utilización del producto. (Rodríguez Montañes, 2005, pp. 115-116)
- Por responsabilidad penal por el producto debemos entender la responsabilidad criminal del fabricante o distribuidor derivada de la elaboración o comercialización de bienes de consumo defectuoso a título -fundamentalmente- de homicidio y lesiones corporales. El concepto de “responsabilidad por el producto” tiene sus orígenes en el Derecho civil de la responsabilidad civil extracontractual. (Contreras Chaimovich, 2018, p. 85).
- Así, en realidad, el problema de la responsabilidad penal por productos defectuosos no es sino el problema de cómo aplicar los criterios interpretativos asentados en materia de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto y daños en cosa ajena, así como determinados delitos de peligro contra la seguridad colectiva, a un subconjunto de hechos típicos que, por su ubicación dentro de la actividad de fabricación y/o de comercialización de productos de consumo, no son realizados de

la manera habitual (por un individuo o por un pequeño grupo de individuos), sino a través de una organización (la empresa), a veces notablemente compleja. (Paredes, 2019, p. 603)

3.2. Origen de la responsabilidad penal por el producto defectuoso

Al respecto, la RPPD, siguiendo a Reyes Alvarado (como se citó en Bernate, 2010), tuvo sus orígenes en la segunda mitad del siglo XX, más específicamente con ocasión de los casos Contergan y Lederspray, los cuales se dieron en Alemania, y el caso Colza, que se dio en España; casos célebres que a su vez marcaron un punto de referencia sobre este tema, pero más aun fue a partir de esas decisiones que se avizoraron y plantearon diferentes interrogantes en relación con la atribución de responsabilidad en una estructura empresarial, la causalidad, riesgos, entre otros cuestionamientos, que al día de hoy son objeto de análisis por la doctrina

En ese sentido, y siguiendo a Rodríguez (como se citó en Escobar, 2012), en relación con la RPPD se tiene que ha sido un tema cuya elaboración ha estado básicamente en cabeza del ámbito jurisprudencial, diferente a lo que sucede con la responsabilidad civil por el producto, la cual ha sido objeto de un importante y completo desarrollo tanto a nivel doctrinal como legal.

No obstante lo señalado en el acápite inicial de este tema (origen de la RPPD), debe resaltarse en este apartado que, en sí el caso más célebre y con el que, según Cancio Meliá, 2013):

Irrumpe en el Derecho Penal la responsabilidad por el producto, generando no sólo un verdadero vendaval social, sino efectos semejantes sobre puntos centrales de la ciencia del Derecho Penal, y, muy especialmente, sobre el concepto de causalidad en los delitos de lesión. (p. 400)

Fue el caso “Contergan”. Muñoz Conde (2017), hace un recuento conciso sobre dicho caso y al respecto señala lo siguiente:

En el caso alemán se trataba de un producto, el Contergán o Talidomina, que se recomendaba como tranquilizante a mujeres embarazadas en los primeros meses del embarazo, y cuya ingestión

determinaba, al parecer la producción de abortos o graves daños en los sistemas óseo y nervioso de los recién nacidos que morían al poco de nacer o, si sobrevivían, quedaban con graves malformaciones, focomelias o extremidades en forma de foca, y lesiones irreversibles. Más de diez mil niños afectados en varios países europeos fueron la consecuencia de aquel caso. Y tras más de dos años de juicio, la Audiencia de Aachen o Aquisgrán, aunque dio por probada la relación entre la ingestión del medicamento y los daños producidos, no llegó a condenar penalmente a los fabricantes, al comprometerse éstos a indemnizar a las víctimas con un fondo de 114 millones de marcos. (p. 253)

Después de hacer referencia sobre las circunstancias que rodearon al caso Contergan, es menester señalar que, según Corcoy (2018), las cuestiones jurídicas que fueron objeto de debate se resumen en dos:

- i.) La negación constante de la empresa Chemie-Grünenthal en admitir que la causa de las malformaciones era el consumo del medicamento, cuyo principio activo era la talidomida; aportando para sustentar su posición pruebas de carácter teórico.
- ii.) Falta de normatividad, que regulara lo concerniente con las pruebas y ensayos que deben efectuarse a los medicamentos para ponerlos en comercialización y por esa vía, para tenerlos como aptos para el consumo humano.

Por otra parte, tampoco se puede pasar por alto el caso Colza, emblemático dentro del ámbito de la RPPD, y que es descrito por Muñoz Conde (2017), de la siguiente manera:

A principios de mayo de 1981 empezaron a aparecer los primeros síntomas de lo que poco después se reveló claramente como una intoxicación masiva de miles de personas provocada, al parecer, por la ingestión de un aceite de colza desnaturalizado desviado al consumo humano, la Administración de Justicia española tuvo que afrontar por primera vez en su historia un problema de una dimensión humana y social, pero también de una dificultad dogmática hasta entonces desconocidas.

Más de 300 muertos y unos 15,000 damnificados fueron aproximadamente las víctimas de aquel envenenamiento alimenticio. Casi diez años duró la tramitación de la causa y más de un año la vista oral en la Audiencia Nacional y otro año más la tramitación de los correspondientes recursos de casación que ante la Sala 2 del TS plantearon tanto la defensa de los condenados, como las acusaciones. El TS emitió su sentencia el 23 de abril de 1992, exactamente once años después de la aparición del problema

Ya antes de 1981 había tenido la justicia alemana que ocuparse de un caso parecido que, a finales de los años 50 y principios de los 60, conmovió a la opinión pública con la misma intensidad con la que se conmovió la española veinte años después con lo que ha venido en llamarse el “caso de la colza”. (Muñoz Conde, 2017, p. 253)

3.3. Bloques de la responsabilidad penal por el producto defectuoso

La responsabilidad penal por el producto, siguiendo a Corcoy Bidasolo (1996), puede derivarse de aquellas conductas que ponen en peligro o lesionan a la salud, bien sea pública o individual; señalando específicamente, lo siguiente:

Dentro de las posibles responsabilidades penales que pueden surgir cuando se habla de responsabilidad por el producto, generalmente nos estamos refiriendo a la responsabilidad penal que se deriva de la puesta en peligro o lesión de la salud, ya sea pública o individual. (p. 247)

Igualmente, Corcoy Bidasolo parte de la concepción de que la RPPD se concreta en dos momentos diferentes: i) un primer momento, cuando el producto peligroso se incorpora al mercado, afectándose entonces con dicho actuar la salud pública y siendo necesario que el derecho penal intervenga, a través de los delitos contra la salud pública y ii) el segundo momento, cuando se utiliza el producto y se ocasiona con este alguna lesión a la integridad o a la vida, siendo igualmente necesaria la intervención del derecho penal, pero a través de los delitos de homicidio o lesiones personales

La responsabilidad penal por el producto, es decir, por la existencia en el mercado de productos peligrosos para la salud de los ciudadanos, se concreta en dos momentos. En un primer momento, cuando el producto peligroso se ofrece en el mercado se afecta la salud pública y el Derecho Penal responde a través de los delitos de peligro contra la salud pública y, en un segundo momento, si el producto ya ha sido utilizado y con ello se ha lesionado la salud individual o la vida, a través de los delitos de homicidio o lesiones. En ambos casos, la protección penal alcanza tanto a las modalidades de comisión dolosas como imprudentes. (Corcoy Bidasolo, 1996, p. 248)

En el mismo sentido, Escobar (2012, pp. 31-32) sigue la delimitación de la RPPD señalada en precedencia, esto es, en dos grandes bloques que son:

- i) La responsabilidad penal por el producto derivada de los delitos de homicidio y lesiones.

De este primer bloque, Escobar (2012) señala que uno de los problemas con mayor relevancia es el de la comprobación del nexo de causalidad.

- ii) La responsabilidad penal por el producto derivada de los delitos contra la salud pública, en estos últimos se incluye la modalidad dolosa y culposa.

De este segundo bloque, Escobar (2012) resalta las siguientes problemáticas:

- Tipificación de delitos de peligro
- Principio de Precaución

3.4. Defectos en los productos que dan lugar a estructurar una responsabilidad penal

Los defectos de un producto que según la doctrina pueden llegar a dar lugar a que se estructure responsabilidad penal y, por ende, que se predique la existencia de deberes de parte de los directivos o superiores jerárquicos, o incluso del personal experto en el proceso de calidad y/o seguridad y/o producción de un producto, se agrupan en tres clases:

- **Defectos en el diseño:**

Así, los defectos de diseño se refieren a un producto que, pese a haber sido fabricado de acuerdo con las líneas, criterios y especificaciones establecidos por el fabricante en la etapa de concepción, al final no ofrece la seguridad legítimamente esperada.

Así ocurrirá, por ejemplo, cuando en el diseño de un juguete para niños de corta edad se contemple la incorporación de piezas que puedan provocar cortes en las manos. (Prieto Molinero, 2005, p. 148).

- **Defectos en la fabricación:**

Los defectos de fabricación, por su parte, tienen su origen en la fase de elaboración misma del producto, de modo tal que su nivel de seguridad no coincide con aquel previsto en el diseño o concepción original; este tipo de defectos aparecerán, por ejemplo, cuando se verifique un error en el proceso de ensamblaje de las partes de un automóvil. (Contreras Chaimovich, 2019, p. 26).

- **Defectos en la instrucción:** “Los errores de instrucción se presentan cuando faltan las necesarias advertencias de uso, o cuando estas son incorrectas; por ejemplo, cuando en el prospecto de un medicamento se omite informar acerca de un grave efecto secundario” (Contreras Chaimovich, 2019, p. 26).

En ese sentido, si el directivo o, en su caso, el superior jerárquico o incluso el profesional experto encargado del proceso de calidad y/o seguridad permite que ingrese en el mercado un producto frente al que se conoce que adolece de cualquiera de estos defectos o en otras palabras, tiene imperfectos en su diseño, fabricación e instrucción que puede lesionar los bienes jurídicos de los consumidores, dicho actuar lo que conlleva es a la infracción del deber (genérico) que prohíbe colocar en el mercado productos que sean ostensiblemente peligrosos.

En consonancia con lo anterior, Contreras Chaimovich (2019) señala lo siguiente:

El fabricante infringe la prohibición de colocar en el mercado productos que sean peligrosos en caso de utilización de acuerdo con su finalidad, o de un modo racionalmente previsible, cuando no los diseña cuidadosamente, cuando los fabrica de un modo negligente, o bien cuando no los dota de las instrucciones necesarias para un manejo seguro; es decir, cuando los productos adolecen de defectos de diseño, fabricación o instrucción, respectivamente. (pp. 25-26)

En el caso del ordenamiento jurídico colombiano, existe una norma en concreto del ámbito civil/comercial que aparte de indicar qué se entiende por producto defectuoso, establece la clase de defectos que puede llegar a tener un producto, los eventos que pueden dar lugar a endilgar responsabilidad (civil) como consecuencia de los daños que llegue a ocasionar un producto defectuoso, deberes de los productores, entre otras cuestiones, y dicha norma es el Estatuto del Consumidor (E.C) contenido en la Ley 1480 de 2011.

Por consiguiente, la definición legal de producto defectuoso se encuentra consagrada en el numeral 17 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, el cual reza así: “17. Producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”.

Del referido artículo se podría derivar que los errores, técnicamente defectos que pueden darse en relación con un producto serían en su diseño, en su fabricación, en su construcción, en su embalaje o en su información; coincidiendo con los defectos enunciados al inicio de este acápite. Sin embargo, es apenas una posible lectura y así lo sostiene Pico Zúñiga (2020):

La composición de la definición legal de producto defectuoso parece dar a entender que solo son admisibles las categorías de defecto prescritas en ella —“diseño, fabricación, construcción, embalaje o información”—. Es más, pareciera ser que únicamente esos tipos de defecto, y no otros, pueden conducir a la presencia de un producto defectuoso. En otros términos, una imperfección en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información es y/o son la causa

sin la cual no puede existir un producto irrazonablemente inseguro para toda persona, un producto defectuoso.

A pesar de que esa es una lectura posible, debemos admitir que en el régimen de protección al consumidor cabe un sentido mucho más garantista para el usuario. En esencia, porque el artículo 4° del E. C., relativo al carácter de sus normas, manda interpretar las reglas de la Ley 1480 del 2011 en el sentido más favorable al consumidor, y porque el sistema de productos defectuosos está gobernado por los deberes de evasión y mitigación del daño (E. C., art. 19 al 23). (Pico Zuñiga, 2020, párrs. 5-6) (resaltado fuera del texto)

Y a renglón seguido, dicho autor señala que:

Por esa razón, no debería interesar si la irrazonable inseguridad del producto proviene o no de una condición específica. Si se trata de un bien mueble o inmueble irrazonablemente inseguro para toda persona, capaz de ocasionar un perjuicio, independientemente de su causa, bastaría para considerarlo defectuoso. En ello son plenamente acertados el artículo 19 del E. C. —deber de información, campaña de seguridad y/o recall— y su Decreto Reglamentario 679 del 2016, incorporado al Decreto Único del Sector Comercio. (Pico Zuñiga, 2020, párr. 7)

Pero más importante aún, señala que, pese a que doctrinaria y jurisprudencialmente se han reconocido reiterativamente que los defectos en el diseño, fabricación, información o embalaje son los más comunes, la academia considera que puede haber otros defectos como en la presentación, en el desarrollo, observancia y vigilancia que también puede dar lugar a llegar a atribuir responsabilidad. Más específicamente, indica lo siguiente:

Conviene simplemente agregar que los defectos de diseño, fabricación, información o embalaje no son los únicos posibles, eso sí, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia han sido pacíficas y reiteradas en reconocerlos como los más comunes imperfectos en los que puede encontrarse un producto. La academia ha tendido a amplificarlos y, en esa medida, ha registrado defectos como el de desarrollo, presentación, observancia y vigilancia. La justificación es concluyente: el avance

de la ciencia, la técnica y los métodos de producción y comercialización son los que determinan los tipos de defecto, y no su consagración en la ley, lo que por demás es exótico. Por ello, la clasificación de los defectos es una labor que inicialmente corresponde al juez o a los autores.

(Pico Zuñiga, 2020, párr. 8)

Con todo, si bien se expusieron en este acápite las consideraciones/análisis de los defectos de los productos desde el derecho civil, ello no es óbice para que también puedan tenerse en cuenta en el ámbito del derecho penal, aunque principalmente desde una cuestión conceptual. Sin embargo, lo más importante y que se pretende resaltar en este apartado es el hecho de que aun en el área civil se ha considerado que los defectos o imperfectos que pueden darse sobre un producto no pueden ser exclusivamente los que contempla la ley, pues por los avances de la ciencia, tecnología, procesos de producción, etc., se pueden generar defectos en otros escenarios como los propios del desarrollo, observancia, vigilancia y presentación; defectos que también podrían llegar a tener relevancia jurídico-penal.

Ahora bien, se pasará entonces al capítulo final de la presente investigación, en el que se presentará una serie de argumentos a partir de los cuales se fundamenta o estructura una posición de garantía respecto de los órganos directivos (miembros de la junta directa y/o representante legal de una empresa) que incluso, puede hacerse extensiva a los funcionarios responsables de las medidas de seguridad o control del producto (según el caso), en aquellos eventos en los que después de haberse introducido correctamente en el mercado un producto o bien —cumpliéndose con todos los deberes del caso—, se advierte que puede llegar a generar riesgos para la vida y salud de los consumidores —también denominados riesgos de desarrollo—, quedando obligados a desplegar o adoptar las medidas de salvamento respectivas, de cara a evitar resultados lesivos frente a bienes jurídicos.

Cuarto Capítulo

Posición de garantía del órgano directivo o del máximo órgano dentro del ámbito empresarial en los eventos de riesgo de desarrollo. Que igualmente, puede hacerse extensiva a los funcionarios encargados de las medidas de seguridad o control del producto

En consecuencia, para el desarrollo de este capítulo final, cuyo objetivo central es darle respuesta a la pregunta de investigación que se planteó²⁵, se presentará una serie de argumentos —que en todo caso resultan acordes con nuestro ordenamiento jurídico—, con los que se expone y sustenta una postura en la que se predica o estructura una posición de garantía respecto de los órganos directivos (miembros de la junta directiva) o en su caso, del máximo órgano dentro del ámbito empresarial (representante legal o gerente) que incluso, puede hacerse extensiva a los funcionarios responsables de las medidas de seguridad o control del producto y/o del proceso de producción (según el caso), aun en aquellos eventos de riesgo de desarrollo, es decir, en situaciones en las que después de haberse introducido correctamente en el mercado un producto o bien —cumpliéndose con todos los deberes del caso—, se advierte que pueden llegar a generar riesgos para la vida y salud de los consumidores; siendo necesario entonces, dividir dicho análisis en los siguientes tópicos:

4.1. La empresa

Como se anticipó en la introducción, la empresa es una entidad que cumple un rol protagónico dentro de nuestro ordenamiento jurídico y sistema económico, en tanto que, a la luz de la Carta Política, artículo 333 y realidad social, es la base del desarrollo, pero más que eso,

²⁵ ¿Podría predicarse o estructurarse una posición de garante respecto del fabricante o productor, en aquellos eventos en los que después de introducirse correctamente en el mercado un producto (cumpliéndose con todos los deberes que implique la producción y comercialización), se advierte o incluso, se sospecha que este está generando riesgos para la vida o salud de los consumidores?

cumple con una función social de la que se derivan un sinnúmero de obligaciones de diferentes tipos y/o niveles.

Por esa vía, no se puede perder de vista la Sentencia C-265 de 2019 que realiza un amplio análisis sobre la empresa y donde finalmente, se señala, entre otras consideraciones que es:

Una entidad insertada en la sociedad porque condiciona la vida y las expectativas de los individuos que, como agentes económicos, interactúan de manera permanente, como consumidores, trabajadores, inversores o ciudadanos que se benefician o se pueden perjudicar por las externalidades generadas por la actuación de la empresa. Bajo ese entendido, a través de ese ente se crean mayores fuentes de empleo, se satisface la demanda de bienes y servicios (aumenta la productividad), se pagan impuestos, se genera desarrollo de tecnología, entre otros aspectos. (Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 2019)

Pero seguidamente en dicha Providencia Constitucional se señaló lo siguiente:

Bajo esa perspectiva, la razón de ser de la empresa trasciende la maximización de los beneficios privados de quienes la integran y se extiende al compromiso social de generar riqueza y bienestar general, con lo cual se garantizan la dignidad humana, el empleo, el mejoramiento de la calidad de vida, la igualdad, la redistribución equitativa, la solidaridad, la sostenibilidad ambiental y la democracia. (Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 2019)

Por su parte, dicho Órgano Constitucional en Sentencia T-375 de 1997, señaló una consideración adicional a las anteriores, y que está vinculada a la libertad de que gozan las empresas, la cual establece que:

La empresa se expresa en una doble dimensión: como libertad y como función social. Por consiguiente, la legitimidad de una decisión empresarial, no puede juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía. A esta visión, forzosamente deberá adicionarse la consideración de sus consecuencias sociales y ecológicas (Corte Constitucional, Sentencia T-375 de 1997)

En efecto, con fundamentos en los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional que acaban de referenciarse, es dable entonces sostener que las empresas son instituciones que cumplen un rol fundamental dentro de nuestra sociedad y no solo desde un sentido netamente económico sino también desde otros ámbitos, ya que es la misma Carta Política la que establece que tienen una función social, lo cual a su vez conlleva el cumplimiento de múltiples deberes de diferentes niveles y tipos. Pero más importante que ello, es el hecho de que las empresas tienen múltiples libertades, una de las cuales es la de configuración, que aunque no es absoluta, les permite realizar actividades que impliquen la explotación de una industria/producción de bienes que pueden poner en peligro bienes jurídicos ajenos, lo que en todo caso y simultáneamente, acarrea el cumplimiento de deberes, de cara a evitar que el peligro (inicialmente permitido) y creado, ocasione daños o lesiones que excedan ese riesgo permitido a terceros.

4.2. Fundamento de la posición de garante que se adopta

El fundamento y, por tanto, el alcance de la posición de garante del empresario en relación con los riesgos que pueden generarse o derivarse y son relativos al proceso de producción y a la industria misma que se explota, viene siendo un tópico problemático y ampliamente discutido al interior de la doctrina del derecho penal económico y de la empresa. De ahí que, al interior de la literatura se encuentren múltiples posturas a través de las cuales se intenta sustentar dicha posición de garantía del empresario.

Así las cosas, como se anticipó al inicio de este capítulo, con el presente trabajo se pretende presentar una de esas posturas que permita predicar o estructurar una posición de garantía respecto del directivo o representante legal, e incluso hacerse extensiva a otros sujetos al interior de la empresa como a los profesionales o funcionarios encargados del proceso de

producción, de las medidas de control y seguridad del producto, en aquellos eventos de riesgos de desarrollo y que en todo caso, resulte acorde con las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico; por lo que resulta pertinente, inicialmente, poner de presente algunas consideraciones de carácter general de las que se partirá y que permitirán cimentar las bases de dicha postura y que se desarrollarán en los siguientes numerales:

i.) Se parte entonces de la concepción de que las empresas que producen bienes y/o servicios en su mayoría tienen una estructura compleja, pero adicional a ello, y más relevante aún, desde el punto de vista jurídico-penal, están expuestas a múltiples riesgos y por tanto, el proceso de producción o distribución al que están sujetos (cualquiera sea el producto o servicio), constituye un foco o una fuente de peligro (que es determinable), que constantemente debe ser vigilada y frente a la que deben adoptarse las medidas pertinentes y respectivas, según la actividad que se explote para mantener el control del riesgo dentro de lo permitido, evitar su desestabilidad o de ser el caso, reconducirla a la del riesgo permitido.

En otras palabras, el fabricante tiene una relación especial con “el origen del peligro que hay que mantener bajo control” (Contreras Chaimovich , 2017, p. 48).

iii.) No obstante lo anterior, es importante advertir que, algunas industrias podrán crear muchos más riesgos que otras, pero en todo caso, i) deberá tratarse de una actividad o industria que pese a ser peligrosa es útil y necesaria para el desarrollo social y ii) frente a la misma, deberán adoptarse todas las medidas encaminadas a controlar los riesgos que genere o llegue a generar y a evitar lesiones a bienes jurídicos de terceros.

En aval de lo anterior, Gallo (2019) señala lo siguiente:

La actividad empresarial, en cuanto tarea productiva o distributiva que requiere aplicación de energía al mundo exterior para proceder a su transformación, supone, en mayor o medida, la

generación de riesgos para bienes jurídicos ajenos. La razón por la que la sociedad permite y aun fomenta dicha actividad, incluso en supuestos en que desata graves peligros para bienes fundamentales, radica tanto en su utilidad general como en la perspectiva de interposición de los adecuados medios de control del riesgo por parte de sus agentes. (p. 142)

iii.) Las empresas, como viene de enunciarse, en su mayoría tienen una estructura compleja y ello implica la convergencia de los siguientes factores, entre otros: delegación de funciones, trabajadores, diversas áreas, organización jerárquica, procesos sistematizados, incorporación de tecnologías, entre otras cuestiones, que llevan paralelamente a importantes cambios en el manejo o gobierno de las empresas.

iv) El factor de la organización jerárquico al interior de la empresa es el que nos permite admitir, siguiendo a Gallo (2019), que las conductas ejecutivas (o desplegadas por los trabajadores) desde el punto de la relevancia penal no siempre son las que deben ser analizadas, sino que toma más relevancia desde la perspectiva del ámbito penal quien ostenta el control de la empresa o de otro modo, está jerárquicamente por encima o tiene la jefatura en el proceso de producción.

v) Aunado a lo anterior, aunque pueda resultar repetitivo, se parte entonces de la posibilidad de atribuir responsabilidad penal especial de los directivos o representante legal y, por ende, es pertinente, mencionar el siguiente argumento esgrimido por Frisch (1996):

No se puede poner seriamente en duda la existencia de una responsabilidad especial de los órganos directivos de la empresa para la exclusión de los peligros derivados de la explotación del negocio. Pues dichos órganos no solo ostentan en principio (excluyendo, además, a tercero) el poder de organización para una serie de acciones, resultando por ello específicamente competentes para la exclusión de los peligros derivados de la misma, sino que ejercitan dicho poder de organización con pretensiones de duración, por lo que resultan también responsables de las lesiones en los bienes jurídicos de terceros o de la colectividad que se pueden derivar de esa

configuración estable de la organización. Y, en consecuencia, están especialmente obligados a eliminar a aquellos peligros que, de haber existido desde un comienzo, hubieran sido un argumento contrario a la constitución de dicha relación duradera. Así ocurre cuando, como consecuencia de alteraciones en las instalaciones, se produce un peligro tal para el medio ambiente o para bienes jurídicos de terceros que, de haberse percibido desde un principio, dicha instalación no habría sido puesta en marcha. O cuando resulta visible un fallo en el plan de actuación que, de ser cognoscible en el momento de la elaboración de dicho plan, habría convertido a éste en un acto de creación de un riesgo desaprobado. O cuando, tras la designación de una persona, se detectan deficiencias en sus capacidades o en el grado de fiabilidad exigidos para el desempeño de sus funciones, lo que habría impedido que se le confiase dicha actividad. En todos estos casos, el órgano directivo de la empresa está obligado a eliminar aquellos peligros que van apareciendo. (pp. 114-115)

Ahora bien, teniendo en cuenta estas consideraciones de tipo general, se pasará entonces a presentar la postura y, por consiguiente, el fundamento/alcance para predicar una posición de garantía respecto del directivo, representante legal o de los funcionarios encargados del proceso de producción, calidad y/o seguridad del producto, que podría catalogarse como ecléctico y que se escinde en dos argumentos específicos:

4.2.1. Primer argumento (de tipo formal): fundamento de la posición de garantía en la constitución y/o la ley

Para este primer argumento, que podría catalogarse de tipo formal, debe tomarse en consideración, inicialmente, el artículo 25 del Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000, disposición normativa, frente a la que podría afirmarse que regula lo atinente a la omisión impropia dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Al respecto, se tiene entonces que, el artículo 25 contenido en el CP dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 25. Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PARÁGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales. (Congreso de la República, Ley 599 de 2000) (subrayado fuera del texto)

Así las cosas, y con fundamento en lo establecido en dicha disposición normativa referente, se tiene que:

- i.) Tal como ya se manifestó en las consideraciones generales, se parte en el presente escrito investigativo de que el proceso de producción o distribución en relación con cualquier producto o servicio al que llegue a sujetarse una empresa, constituye un foco o una fuente de peligro (que es determinable), pues inescindiblemente para la producción de bienes incluso para la prestación de un servicio se utilizan, así sea una sola, materias primas

peligrosas, tóxicas, inflamables, se emplean químicos, maquinaria peligrosa, entre otras múltiples circunstancias/herramientas vinculadas a la industria y que en todo caso, conllevan a que esa fuente de riesgo deba ser vigilada constantemente; pero adicional a ello, al tener el fabricante una relación especial con el origen del peligro, ello implica la adopción de medidas pertinentes, según la actividad que se explote para mantener el control del riesgo dentro de lo permitido, evitar su desestabilidad o de ser el caso, reconducirla a la del riesgo permitido (medidas de salvamento).

- ii.) Por consiguiente, con fundamento en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 25 del CP, y a la luz de la función social que deben cumplir las empresas al interior de nuestro sistema jurídico, es dable admitir entonces que, el empresario, entendiéndose que se refiere al miembro de la junta directiva o representante legal y que incluso puede extenderse a los profesionales encargados del proceso de producción, de calidad y/o seguridad del producto, es un agente que se encuentra en una situación especial, en tanto que tiene a su cargo la vigilancia de una fuente de riesgo en concreto, frente a la que deben adoptarse como ya se mencionó, todas las medidas a que haya lugar para vigilarla, controlarla y dependiendo del caso, encausarla y evitar que se llegen a generar lesiones a terceros/consumidores.

En ese sentido, y en la medida en que el empresario o los funcionarios expertos en la calidad y/o en el proceso de producción tiene una relación directa con el origen del peligro, se encuentran en una situación especial, que los obliga a controlar y vigilar una fuente de riesgo, que en ciertas circunstancias o condiciones pueden llegar a lastimar potencial o realmente los

bienes jurídicos de los consumidores, protegidos por la norma como vendrían siendo el de la vida, la integridad, el medio ambiente, entre otros²⁶.

Así las cosas, se considera entonces:

- Que el miembro de la junta directiva o en su caso, el máximo representante dentro del ámbito empresarial tiene en cabeza suya una responsabilidad especial de evitar que se realice o materialice cualquiera de los riesgos (directos e indirectos) vinculados a la industria que explota y, por tanto, ostenta una posición de garantía específica, que no puede encajarse en ninguna de las fuentes tradicionales que se han erigido para establecer o predicar una posición de garantía, pues es totalmente independiente, pero en todo caso conlleva un deber de vigilancia de una fuente de riesgo en concreto que se constituye por la industria que explota
- Ahora bien, ese deber de vigilancia (en concreto) del empresario/fabricante, que implica la adopción de medidas pertinentes para evitar que el riesgo se concrete o para encausarlo y evitar lesiones, se deriva de la Constitución Política y la Ley, y más específicamente, se deriva de las siguientes disposiciones normativas:
 - **El artículo 78 de la Constitución Política:** de dicha disposición constitucional se deriva que las personas, entiéndase naturales o jurídicas, que desarrollen productos o presten servicios deben cumplir con unos controles de calidad, con un deber de suministrar la

²⁶ Frente a esta consideración de la posición de garantía fundamentada exclusivamente en la vigilancia de una fuente de riesgo, según lo dispuesto en la Constitución o en la Ley y procedente para cualquier bien jurídico, sin tener en cuenta ninguna de las situaciones que se contemplan expresamente en el inciso tercero y párrafo del artículo 25 del CP, es menester señalar que, se parte de dicha interpretación, con fundamento en lo dispuesto por Molina (2018), quien a partir de lo indicado en la Sentencia de julio 27 de 2006 con ponencia del Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón señala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene una lectura amplia y otra restringida frente al artículo 25 del CP; en relación con la postura restringida se parte del segundo inciso del referido artículo, que fundamenta la posición de garante desde una fuente formal que vendría siendo, bien la Constitución o bien la Ley, lo que permite entonces, establecer la posición de garante frente a otros bienes jurídicos diferentes a los señalados en el párrafo.

información respectiva en su comercialización para evitar que los productos atenten contra la salud y seguridad de los consumidores, es decir, aunque no se diga expresamente, se reconoce claramente que la producción de bienes y prestación de servicios es asunto peligroso y debe ser objeto de regulación legal.

El tenor literal del artículo 78 de la Constitución Nacional establece lo siguiente:

Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos. (Constitución Política de 1991, art. 78)

- **Artículo 6 del Estatuto de Consumidor contenido en la Ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor:** dicha disposición establece que el productor tiene en cabeza suya deberes específicos de idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrece en el mercado; de modo que, claramente el cumplimiento y seguimiento de estos deberes requiere de una vigilancia total del proceso de producción y/o prestación del servicio.

El tenor literal del artículo 6 del Estatuto del Consumidor establece lo siguiente:

Artículo 6. calidad, idoneidad y seguridad de los productos. Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a:

1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.
2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.
3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley.

PARÁGRAFO. Para efectos de garantizar la calidad, idoneidad y seguridad de los productos y los bienes y servicios que se comercialicen, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, expedirá los Registros Sanitarios, de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, que ordena el control y la vigilancia sobre la calidad y seguridad de los mismos. (Congreso de la República, Ley 1480 de 2011)

En consecuencia, teniendo en cuenta este primer argumento se tendría que la posición de garantía de los directivos o en su caso, de los superiores jerárquicos de la organización empresarial es especial y se empezaría a estructurar a partir del incumplimiento de obligaciones o deberes específicos que se consagran en la normatividad extrapenal, esto es, en la Constitución y el Estatuto del Consumidor, lo que encajaría en lo predicado por la teoría del deber jurídico; sin embargo, este solo fundamento no resultaría suficiente, pues tal como ya se anotó en acápites anteriores, no es de recibo que la configuración de dicha situación especial (posición de garantía) se restrinja a una mera infracción de un deber y es por ello, que adicional a este primer aspecto, se considera necesario contar con otra razón o fundamento y es por ello, que se abordará un segundo argumento que tiene que ver con el del ámbito de competencia por organización.

4.2.2. Segundo argumento (de tipo material): ámbito de competencia, rol

Este segundo argumento es el relativo al ámbito de competencia por organización y para su desarrollo se encuentra que quien lo abarca en mejor medida, incluso desde el ámbito empresarial, pero bajo un enfoque diferente (trabajadores), pero que, en todo caso, también

puede aplicarse al que se propone en el presente trabajo, es Gallo (2019), quien señala lo siguiente:

La posición de garantía del titular de la empresa surge, en efecto, como contrapartida de la libertad fundamental de que goza para organizarla del modo en que mejor se ajuste a su propio interés. En este punto, el empresario en nada se diferencia de cualquier otro individuo, pues todos tenemos esa misma libertad para configurar nuestra esfera de actividad del modo que prefiramos, pero esa libertad tiene como reverso la responsabilidad porque la propia esfera de actividad quede organizada de tal forma que de ella no se desprendan riesgos irrazonables de daño para terceras personas. Si bien el contenido más elemental de ese deber consiste en la prohibición de hacer algo que resulte injustificadamente perjudicial para los demás –*neminem laedere*–, igualmente elemental es el deber que consiste en el mandato de hacer lo que sea necesario y adecuado para evitar las consecuencias nocivas que amenacen a terceras personas desde nuestro propio ámbito de organización. En el caso de la empresa nada de lo anteriormente señalado sufre, en principio, una transformación esencial. El empresario individual que gestiona por sí solo su negocio tiene el deber de omitir comportamientos nocivos para terceros en el curso de su actividad y también el de contener los riesgos que de ella pudiesen desprenderse para bienes jurídicos ajenos –de los trabajadores. Lo determinante no es que se trate de acciones u omisiones, sino del deber de mantener la organización configurada de modo no dañoso para los trabajadores o el deber de neutralizar determinados peligros que ya salen de su ámbito de organización, lo cual requerirá acciones u omisiones, estas en el caso en que la organización propia esté orientada hacia el salvamento. (pp. 146-147)

En consonancia con el argumento que viene esgrimirse, resulta importante traer a colación un apartado en concreto de un análisis que se efectúa en la Sentencia SU.1184 de 2001, atinente al ámbito de competencia por organización en el que se señala lo siguiente:

En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. (Corte Constitucional, Sentencia SU.1184 de 2001)

Así las cosas, se considera en el presente trabajo que pese a que la empresa es un ente de gran transcendencia e importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, nuestra economía y cumple una función social, desde el punto de vista del ámbito de competencia (del derecho penal) y en los eventos de responsabilidad por el producto defectuoso no podría catalogarse como una institución que tiene un deber general y amplio de protección, pues en sí, el fabricante,

no tiene un deber genérico de proteger a cada consumidor o usuario en cualquier escenario en relación con su producto, como sí lo tiene el Estado o los padres, quienes independiente de que no hayan creado un riesgo, están obligados a proteger a los ciudadanos e hijos y es por ello que se admite que, al ser la empresa una manifestación o concreción de una iniciativa privada, es decir, al materializar una libertad que le confiere la Constitución a un sujeto para desarrollar una actividad, consistente en ofrecer un producto o un servicio, lo que deviene es la configuración, como se reseñó en precedencia, de “un mundo” en el que se “le permite al sujeto poner en peligro bienes jurídicos ajenos”, generando con ello (simultáneamente) una serie de deberes que se catalogan como deberes de tráfico y de salvamento, encaminados a evitar que ese riesgo se salga de lo permitido o encausarlo y estos últimos deberes son conceptualizados así:

- **Deberes de seguridad en el tráfico:**

Consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella (Corte Constitucional, Sentencia SU.1184 de 2001).

Frente a este deber Molina (2010) señala lo siguiente:

En palabras de JAKOBS, el deber de aseguramiento de tráfico como posición de garante se extiende en el ámbito de los delitos de omisión desde el deber de controlar el propio cuerpo, pasando por los deberes de control de las máquinas que se usen, los automóviles, viviendas, animales, etc., hasta el deber de control de instalaciones fabriles, vía férreas, líneas de alta tensión y otros, supuesto que lo relevante es que la exclusión de otros del trato con determinados objetos y la propiedad sobre los mismos (entendido este último concepto en sentido muy lato, como un supuesto más de la libertad de organizar), trae como consecuencia necesaria que hay que cuidar la inocuidad de la organización, tanto en sus actos como en su estado. (p. 138)

- **Deberes de salvamento:** “si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento” (Corte Constitucional, Sentencia SU.1184 de 2001).

Frente a este deber, Molina (2010) sustenta lo siguiente:

En los deberes de salvamento -mucho más polémicos que los deberes de aseguramiento, según reconoce el propio JAKOBS-, se está en presencia de aquellos deberes en virtud de los cuales hay que retrotraer un curso dañoso que ya haya alcanzado una organización ajena. (p. 139)

En efecto, este segundo argumento puede resumirse en el siguiente sinalagma “libertad de organización(creación empresa)/responsabilidad por las consecuencias” y al respecto, puede mencionarse lo siguiente:

El empresario, en el ejercicio de su libertad de organización, ha introducido en el mercado una empresa, por lo que asume un compromiso de hacerse responsable por las consecuencias que se deriven del establecimiento de la misma. Estas consecuencias pueden representar daños para bienes jurídicos de tercero como, por ejemplo: una empresa de productos alimenticios que elabora productos nocivos o una empresa que vierte residuos en un río contaminando agua. (Pozo, 2020, p. 135)

Pero aunado a lo anterior, es decir, al argumento del ámbito de competencia por organización, también están estrechamente vinculadas unas cuestiones adicionales, consistentes en el hecho de que el fabricante y los funcionarios encargados del proceso de producción, medidas y/o seguridad del producto vienen siendo los organizadores exclusivos del proceso productivo y por ende, tienen un dominio sobre el producto, el cual también permite consolidar esta posición específica privilegiada que ostentan, pues tienen mayor conocimiento sobre el producto, capacidad de intervención para analizar la situación y contrarrestar los efectos.

En síntesis entonces, se tiene que para poderse predicar que se estructura una posición de garantía específica respecto del miembro de la junta directiva, o en su caso, del máximo representante del ámbito empresarial, que incluso puede hacerse extensiva a los funcionarios (profesionales-especializados) encargados del proceso de producción, de las medidas de seguridad y/o calidad del producto deben confluír estos dos argumentos, uno de tipo formal y otro de tipo material, propio del ámbito de competencia por organización.

4.3. Escenario de riesgo de desarrollo

Partiendo del supuesto de que la posición de garantía de los directivos o en su caso, de los superiores jerárquicos de la organización empresarial es especial, se hace necesario mencionar dos cuestiones importantes y que en cierta medida tienen relación con el escenario propuesto para este acápite, es decir, los riesgos de desarrollo.

- La primera consideración, es que en nuestro ordenamiento jurídico se exige que los productos que se ingresen al mercado cumplan con unos controles de calidad y que lleven consigo toda la información a que haya lugar para su uso, conservación y eliminación, siendo el fin último o exclusivo de estos deberes evitar afectar la salud y/o lesionar a los consumidores; sin que exista ninguna exigencia relativa a que solo pueden introducirse productos cuando se esté bajo condiciones o circunstancias veraces y certeras (netamente), que excluyan por completo cualquier defecto o peligro del que adolezca o pueda adolecer el producto.

Frente a este aspecto señala Contreras Chaimovich (2017) lo siguiente:

Así, por ejemplo, en el marco del proceso de diseño, al fabricante no se le impone la obligación de que someta el producto a pruebas durante largos años hasta que esté en condiciones de excluir todo tipo de riesgos; en el contexto de la fabricación, tampoco se le exige efectuar controles de calidad que permitan evitar cualquier defecto de producción imaginable. Esto sería, en ocasiones,

técnicamente imposible, o bien elevaría los costos de diseño y fabricación de tal forma que se terminarían imponiendo cargas insoportables al ejercicio de la libertad económica del productor. La innovación técnica que muchas veces pretende alcanzar el fabricante también se vería seriamente perjudicada, así como los propios intereses de los consumidores en la adquisición de bienes a un precio razonable. (pp. 45-46)

- Y la segunda consideración, siguiendo a Contreras (2017), es la consiste en que solo es dable o admisible exigirles a los fabricantes la exclusión de defectos de diseño y fabricación sobre los productos, en aquellos eventos en los que, aplicándose el cuidado debido, los conocimientos de la ciencia y de la técnica establecidos para el respectivo momento, se puede llegar a sostener en muy alto grado de probabilidad que se van a presentar. En palabras de este autor, se tiene:

El Derecho solo le exige al productor que excluya los defectos de diseño y fabricación con un muy alto grado de probabilidad, aplicando el cuidado debido que corresponda al estado de la ciencia y de la técnica existente al momento de la comercialización del bien. Esto es así incluso tratándose de productos especialmente riesgosos, como los medicamentos: es cierto que el fabricante debe someterlos a muy exigentes pruebas y a numerosos estudios antes de introducirlos en el mercado; pero los deberes que impone el Derecho al productor farmacéutico se basan siempre en el estado de los conocimientos científicos existentes en el momento de la introducción del medicamento en el mercado, lo que no siempre permitirá excluir por completo el riesgo. Ejemplo: el efecto secundario carcinógeno de un fármaco utilizado por enfermos crónicos puede descubrirse años después de su primera comercialización, puesto que el específico tipo de cáncer que genera solo aparece luego de un uso muy prolongado en el tiempo, o porque las pruebas tóxico-farmacológicas y clínicas exigidas no fueron capaces de descubrir el efecto carcinógeno. (Contreras Chaimovich, 2017, p. 46)

Ahora bien, con fundamento en estas dos consideraciones debe mencionarse entonces que, los peligros que lleguen a derivarse, pese a haberse cumplido con los cuidados y conocimientos de la ciencia hasta ese momento tenidos y exigidos en relación con el producto y su introducción en el mercado, vendrían siendo lo que se denomina “riesgos de desarrollo”, es decir surgen con posterioridad. Y es aquí, donde deben señalarse dos situaciones que pueden presentarse:

- i.) Mientras que el fabricante no pueda ni esté en condiciones para conocer de esos riesgos de desarrollo sobre el producto no puede responder por ninguno de los eventos que se generen, ni podría estructurarse o predicarse de él una posición de garantía que lo obligue a adelantar las acciones respectivas de salvamento, pues:

El Derecho no puede obligar al fabricante a evitar cursos lesivos que no sean cognoscibles desde una perspectiva ex ante, si lo obligara, le impondría un deber de conducta protegido penalmente sin tener la posibilidad de eliminar los riesgos que fundan la obligación de evitar el resultado.

(Contreras Chaimovich, 2017, p. 46)

- ii.) Si conociera el fabricante y/o los funcionarios encargados del proceso de producción, calidad y/o medidas de seguridad del producto, que el producto presentó un defecto después de su introducción en el mercado o incluso sospecharan que algo está mal con su producto, o de otro modo, conocen o tienen suposiciones de que los productos están sufriendo de algún defecto en su diseño o en el proceso de producción, habría lugar a predicar la estructuración de su posición de garantía (especial) que, en todo caso, los obligaría a adelantar o adoptar las medidas de salvamento respectivas como de información, advertencia y/o retirada, dependiendo del caso y la gravedad.

En consecuencia, si el fabricante, entendiéndose que se refiere al miembro o miembros de la junta directiva o representante legal, pero incluso, los funcionarios encargados del proceso de producción, seguridad y/o calidad del producto, conocen o tienen sospechas de que el producto está adoleciendo de algún defecto o vicio, deben adoptar las medidas de salvamento respectivas para evitar que se lesionen los bienes jurídicos de los terceros o consumidores, pero además, para encausar ese riesgo, que aunque inició como un riesgo permitido, se salió de este o está en peligro de desbordarse y ello encuentra sustento, en la medida en que los consumidores tienen unas expectativas de seguridad, una confianza, es decir, estos esperan que los productos que se encuentran en el mercado sean seguros y no les van a ocasionar ningún daño, e incluso, porque si bien, el fabricante obtiene ventajas de ese riesgo que crea (originariamente permitido), ello correlativamente, le acarrea el cumplimiento de un deber de vigilancia (constante) para evitar que se convierta o presente alguna amenaza para la salud o vida de los consumidores.

4.4. Posibilidad de extender la posición de garantía al funcionario (profesional, experto) encargado del proceso de producción, de las medidas de control y/o seguridad del producto

En relación con este aspecto, esto es, la posibilidad de hacer extensiva la posición de garantía específica al funcionario (profesional/experto) encargado del proceso de producción, de las medidas de seguridad y/o control del producto, se encuentra sustento en los siguientes tres fundamentos:

1. El primero y más importante viene siendo la delegación de funciones, que puede efectuarse por parte del superior jerárquico (miembros de la junta directiva o representante legal) a los mandos medios o bajos de la empresa, y dicho fenómeno, aparte de estar permitido jurídicamente, es muy común dentro de las estructuras empresariales, aun cuando sean pequeñas, pues de ese modo, permite que sea posible y más asequible el

cumplimiento de los múltiples deberes que exige o conlleva la actividad que se explota o desarrolla, incluida las funciones que estén vinculadas directamente a la garantía originaria de la vigilancia de la empresa como fuente o foco de riesgo.

Frente a la delegación de funciones resulta necesario mencionar las siguientes consideraciones:

Resulta obvio mencionar que todos los deberes —no solo los de garantía— que les incuben y son exigidos a las empresas son realizados por personas físicas, al igual que las actividades para el funcionamiento del objeto social. Incluso las empresas con una estructura reducida (no digamos las organizaciones complejas), para realizar las actividades empresariales que les corresponden, acuden a una distribución de tareas; esto se explica porque al titular de la empresa le es imposible materialmente realizar cada una de ellas y debido a eso se apoya en subordinados para su consecución. Así, las tareas y competencias de la empresa se van distribuyendo desde los niveles jerárquicos más altos, pasando por los mandos medios, hasta llegar a los niveles más bajos del organigrama empresarial. es aquí donde aparece un importante mecanismo de gestión de la organización como es la «delegación de funciones».

En este sentido, los deberes de garantía primarios que posee el empresario tampoco los ejerce de manera directa, sino que se apoya (delegando) en otras personas para poder tener una vigilancia y control de la fuente de peligro que representa la empresa para evitar daños a bienes jurídicos ajenos. Así, como ha mencionado Demetrio Crespo, la delegación de funciones es una necesidad de las organizaciones que responde a la idea de la división de trabajo, pero igualmente a «una exigencia de racionalización y efectividad en la tutela de bienes jurídicos». (Pozo, 2020, pp. 137-138)

2. El segundo fundamento, aunque relativo a la delegación de funciones, es el atinente a que, aun cuando se delegue por el titular de la empresa funciones vinculadas a algún deber originario, este último por ejemplo, el de vigilar la fuente o foco que constituye la

empresa, dicha obligación no se extingue con la delegación, pero sí da lugar a otros deberes en relación con el titular, que pueden ser de tipo secundario como por ejemplo, el de supervisión y control de las labores desplegadas por el funcionario a quien se le delegó, pero que en todo caso, están encaminadas a vigilar el foco de riesgo, pues esta obligación no ha dejado de existir para los titulares del ámbito empresarial.

En efecto, aun cuando se pueda hacer extensiva la posición de garantía al funcionario (profesional/experto) encargado del proceso de producción, de las medidas de seguridad y/o control del producto, en tanto se le están delegando funciones importantes y estrechamente vinculadas con la vigilancia de la fuente de la fuente de riesgo, constituida por la actividad o industria que se explota, los miembros de la junta directiva o el máximo representante dentro del ámbito empresarial deben estar supervisando las gestiones de dichos funcionarios especializados, pues aún está en cabeza suya la obligación originaria de vigilar la fuente o foco de riesgo y en caso, de no efectuarse una correcta supervisión de las gestiones encomendadas y producirse un resultado, podrían ser sujetos de una sanción penal

Al respecto, Gallo (2019) señala lo siguiente:

Asimismo, la introducción de otras personas en el funcionamiento de la empresa, mediante la delegación en ellas de tareas que incumbían originalmente a su titular, tampoco da lugar a un cambio radical de esta situación, porque el deber originario que incumbía al titular de la empresa –o a sus órganos en el caso que el titular sea una sociedad– no se extingue con la delegación. Una delegación válidamente realizada implica, hasta cierto punto, una liberación de las propias obligaciones. Ello, en cuanto que su cumplimiento queda confiado a otras personas, y modifica el contenido del deber originario, generándose otros deberes secundarios o derivados –por ejemplo de supervisión y control de la actividad del delegado y de su capacidad y disposición para el desarrollo adecuado de sus funciones. Pero, en cualquier caso, con la delegación no se extingue el

núcleo esencial del deber primario y originario que consiste en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible –y exigible–, que del círculo de organización de la empresa se deriven daños para terceros. Por otra parte, la delegación no remite a un ámbito de responsabilidad ajeno a las tareas delegadas, pues todas las acciones realizadas propiamente en el marco de la empresa son siempre también acciones que se encuadran en el círculo de organización de su titular. (Gallo, 2019, p. 147)

3. Y finalmente, por sus conocimientos especializados en relación con el proceso de producción que debe surtir el producto, las medidas de seguridad y/o control que deben tenerse frente a este; lo que conlleva a desplegar actuantes positivos, encaminados a controlar los riesgos inherentes a los productos y, por ende, a considerar su viabilidad o no sobre la introducción y retirada del mercado.

Conclusiones

En consecuencia, a partir de la pregunta de investigación que se formuló, esto es, ¿podría predicarse o estructurarse una posición de garante respecto del fabricante o productor, en aquellos eventos en los que después de introducirse correctamente en el mercado un producto — cumpliéndose con todos los deberes que implique la producción y comercialización—, se advierte o incluso, se sospecha que este está generando riesgos para la vida o salud de los consumidores?, se tiene entonces que, la respuesta sería de carácter afirmativa, es decir, efectivamente, puede estructurarse una posición de garantía específica respecto del fabricante o productor en los eventos de riesgo de desarrollo con fundamento en los siguientes argumentos:

- i.) La fabricación de un producto, cualquiera sea, constituye un foco o una fuente de peligro (determinado), la cual constantemente debe ser vigilada y frente a la que deben adoptarse las medidas pertinentes y respectivas, según la actividad, para mantener el control del riesgo dentro de lo permitido, evitar su desestabilidad o de ser el caso, reconducirla al riesgo permitido.
- ii.) Si bien las empresas tienen una libertad de explotar una actividad económica, es decir, están facultadas para crear riesgos, que pueden poner en peligro los bienes jurídicos ajenos, ello simultáneamente les genera unos deberes de seguridad y otros de salvamento, en tanto que, ostentan un dominio sobre el producto, el cual se puede traducir en una posición privilegiada en relación con este: mayor conocimiento sobre el producto, capacidad de intervención para analizar la situación y contrarrestar los efectos; sin olvidar que también existe una confianza de parte de los consumidores frente al producto, que hace que el consumidor no adopte ninguna clase de medidas de precaución.

- iii.) En ese sentido, la actividad de introducir en el mercado un producto por parte de fabricante, si bien genera un riesgo permitido, tiene relevancia jurídica y lo obliga a estar vigilando constantemente el producto, de modo que, si tiene conocimientos o incluso sospechas de que el producto tiene un defecto o una falla y que puede dar lugar a que se deriven riesgos para la vida o la salud de los consumidores, se genera para este, el deber de información, advertencia y dependiendo del caso, de retirada del producto; deberes que vienen constituyendo una obligación de salvamento y, por ende, un deber de actuar.
- iv.) En todo caso, la posición de garantía específica que se predica en relación con el empresario o fabricante, entendiéndose que dicha expresión se refiere a los miembros de la junta directiva o en su caso, al máximo representante dentro del ámbito empresarial, también puede hacerse extensiva a los funcionarios profesionales y expertos encargados del proceso de producción, medidas de seguridad y/o control del producto, en razón a la posibilidad de la delegación de funciones y sus conocimientos especializados que conllevan el despliegue de actúares positivos y a la toma de mejores decisiones en relación con las medidas de salvamento, pero en todo caso, los directivos o el representante legal deben estar pendiente de las labores encomendadas y de evitar que la fuente de riesgo genere riesgos o lesiones a los bienes jurídicos, pues, inicialmente, está en cabeza suya dicha posición de garantía

Finalmente, de acuerdo con todo lo expuesto hasta ahora puede decirse que, si bien el tópico de la posición de garantía del fabricante, empresario o productor en relación con los productos defectuosos al interior de nuestra doctrina nacional no ha sido objeto de muchos

pronunciamientos, es un tema al que debería irse prestando más atención y desarrollarse al tanto al interior de nuestro ordenamiento jurídico y por parte de la doctrina.

Bibliografía

- Andrade Castro, J. A. (2011). El delito de omisión. En D. Bazzani y J. Bernal (eds.), *Lecciones de Derecho Penal - Parte General* (Lección 15). Universidad Externado.
- Aráuz Ulloa, M. (2000). La omisión, comisión por omisión y posición de garante. *Encuentro*, 32-41. <https://bit.ly/3HRJUT7>
- Bacigalupo, E. (1970). Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 35-48. <https://bit.ly/3DN2kCd>
- Bacigalupo, E. (1994). *Manual de Derecho Penal*. Temis.
- Baumann, J. (1981). *Derecho Penal Conceptos Fundamentales y Sistema*. Ediciones Depalma Buenos Aires.
- Beck, U. (1986). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A.
- Bernate, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Editorial Universidad del Rosario.
- Cancio Meliá, M. (2013). El caso Contergan cuarenta años después. *Foro Jurídico*, (12), 309-405. <https://bit.ly/3DNJo6q>
- Código Penal [CP]. Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia). <https://bit.ly/3CW8RJw>
- Congreso de la República. Ley 1480 de 2011. "por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones". 12 de octubre de 2011. <https://bit.ly/3E0J9VB>
- Contreras Chaimovich, L. (2015). La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada. *Revista de Política Criminal*, 10(19), 266-296. <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v10n19/art09.pdf>

- Contreras Chaimovich, L. (2017). La posición de garante del fabricante en el derecho penal alemán. *Política Criminal*, 12(23), 1-55. <https://bit.ly/3r5SxDE>
- Contreras Chaimovich, L. (2018). *Producto Defectuoso y Derecho Penal*. Ril editores.
- Contreras Chaimovich, L. (2019). La prohibición de colocar en el mercado productos que sean peligrosos en caso de utilización conforme a su finalidad o racionalmente previsible. *Revista Ius et Praxis*, (2), 19-66. <https://bit.ly/3nLydWk>
- Corcoy Bidasolo, M. (1996). Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal español: delitos de peligro. En S. Mir Puig y D. M. Luzón (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (247-260). José María Bosch Editor S.L.
- Corcoy Bidasolo, M. (2018). "Fraudes" masivos y responsabilidad penal por el producto. En *Derecho penal económico y derechos humanos*. Tirant lo blanch.
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-375/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 14 de agosto de 1997.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU.1184/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; 13 de noviembre de 2001.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-228/10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 24 de marzo de 2010.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-828/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 20 de octubre de 2010.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-032/17, M.P. Alberto Rojas Ríos; 25 de enero de 2017.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-265/19, M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado; 12 de junio de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Rad. 28107 (Sala de Casación Penal de la HH Corte Suprema de Justicia 14 de Noviembre de 2007).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 35899 (Sala de Casación Penal de la HH Corte Suprema de Justicia 5 de Diciembre de 2011).

Crespo, E. D. (2008). Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. En J. R. Serrano-Piedecabras y E. D. Crespo (eds.), *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico* (pp. 61-87). Editorial COLEX.

Crespo, E. D. (2012). Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. *Revista Penal México*, 2(3), 77-94. <https://bit.ly/310SU83>

Cuadrado Ruiz, M. Á. (2000). La posición de garante. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 11-68. <https://bit.ly/3nHa4Qx>

de la Gándara Vallejo, B. (1997). Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de JAKOBS. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1, 363-386. <https://bit.ly/3l6X2Kv>

Díaz-Maroto y Villarejo, J. (2010). *El Derecho Penal ante los fraudes alimentarios*. Civitas.

Escobar, S. (2012). *La Responsabilidad Penal Por Productos Defectuosos*. Tirant lo Blanch.

Forero, J. C. (2002). *El Delito de Omisión en el nuevo Código Penal*. Legis.

Frisch, W. (1996). Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo. En S. Mir Puig y D. M. Luzón (coords.),

- Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (99-127). José María Bosch Editor S.L.
- Gallo, P. (2019). Fundamento, alcance y límites de la posición de garante del empresario frente a los riesgos y accidentes de trabajo. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 40(108), 137-157. <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n108.06>
- García Gutiérrez, G. C. (2019). *Aproximación a la responsabilidad penal del directivo de la empresa* [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia]. <https://bit.ly/3FK4Jye>
- Gracia Martín, L. G. (1999). La comisión por omisión en el derecho penal español. *Nuevo Foro Penal*, (61), 125-168. <https://bit.ly/3FHOxgT>
- Gimbernat, E. (1987). Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 40, 579-608. <https://bit.ly/2Zopxf8>
- Gimbernat, E. (1997). La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1, 5-111. <https://bit.ly/3CQKhtF>
- Hassemer, W. y Conde, F. M. (1995). *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Tirant lo Blanch Alternativa.
- Hilgendorf, E. (2002). Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 55, 91-108. <https://bit.ly/3xkuJ00>
- Jescheck, H.-H. (2002). *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Editorial Comares, S.L.
- Juanatey Dorado, C. (2005). Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado. En J. Boix y A. Bernardi (ed.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores* (133-158). Iustel.

- Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión*. Marcial Pons.
- Kuhlen, L. (2002). Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 55, 67-90. <https://bit.ly/30SmD35>
- Lascuraín, J. A. (2018). La Responsabilidad Penal Individual en los delitos de la Empresa. En J. A. Lascuraín, J. Dopico, N. J. Marta y A. N., *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (87-128). Dykinson.
- Marcazzolo Awad, X. y Santibáñez Torres, M. E. (2020). Estado Actual de la Responsabilidad Penal por el Producto en la Legislación Chilena. *Revista internacional Consiter de Direito*, (10), 243-259. <https://bit.ly/3xnEXgk>
- Meini, I. F. (1999). Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. *Derecho PUCP - Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (52), 883-914. <https://bit.ly/3cMOVyc>
- Mir Puig, S. (2010). *Derecho Penal - Parte General*. Reppertor.
- Molina, C. (2018). *Teoría del Delito*. Leyer.
- Molina, C. M. (2010). *Funcionalismo e Imputación objetiva*. Leyer.
- Muñoz Conde, F. (2004). *Teoría General del Delito*. Temis.
- Muñoz Conde, F. (2017). La responsabilidad por el producto en el derecho penal español. *Derecho & Sociedad*, (49), 253-279. <https://bit.ly/3oVCJAJ>
- Palacio, J. I. (2011). El Estado Actual de la Omisión en la Teoría del Delito como forma de conducta penalmente relevante. *NOVUM JUS*, 129-138.
- Paredes, J. M. (2019). Responsabilidad Penal por Productos Defectuosos. En A. Camacho (ed.), *Tratato de Derecho Penal Económico*. (601-632). Tirant lo Blanch.

- Perdomo, J. F. (2001). *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Editorial Universidad Externado.
- Pico Zuñiga, F. (31 de mayo de 2020). Producto defectuoso: tipos de defecto. *Ámbito Jurídico*.
<https://bit.ly/3xj2GxY>
- Pozo, J. F. (2020). Compliance y Posición de Garante: Imputación de Hechos delictivos al Compliance Officer. *Foro Nueva Época*, 23(1), 127-154.
<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/74000>
- Prieto Molinero, R. (2005). *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*. Dickinson.
- Quintero, M. E. (2003). El delito de omisión desde una perspectiva normativista. En Universidad Externado de Colombia (ed.), *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (pp. 173-207). Editorial Universidad Externado.
- Real Academia Española (RAE). (s.f.). Empresa. En *Diccionario de la lengua española*.
<https://dle.rae.es/empresa?m=form>
- Reyes Echandía, A. (1981). *Diccionario de Derecho Penal* (4ta ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Mesa, M. J. (2013). Alcance de la imputación objetiva en los delitos de omisión impropia. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, (5), 398-435.
<https://bit.ly/3oSEUVM>
- Rodríguez Montañés, T. (2005). Incidencia Dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos. En J. Boix, & A. Bernardi, *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*. Iustel.

Rodríguez Vázquez, V. (2019). Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión. Un análisis a través de casos. *Revista Nuevo Foro Penal*, 13(89), 75-120.

<https://bit.ly/3p1wrj2>

Sarrabayrouse, E. C. (2020). Los delitos de omisión impropia en la Argentina. Estado de la discusión. *Revista Criminalia Nueva Época*, 87(Conmemorativo), 505-537.

<https://bit.ly/3HRCq2z>

Silva, J. M. (1986). *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Editorial J.M. Bosch Editor.

Stratenweth, G. (1999). *Derecho Penal Parte General, I. El Hecho Punible*. Fabián J. Di Plácido.

Trespalcios, S. (2021). ¿Responsabilidad Penal de la Empresa? Introducción teórica a la materia. En S. Gómez, S. Cadavid, J. E. Sanín (coords.), *Estudios de Derecho Penal Societario* (181-219). Diké.

Vogel, J. (2001). La responsabilidad penal por el producto en Alemania. *Revista penal*, (8), 95-104. <https://bit.ly/3l2637F>