

MASTER EN DERECHO PENAL. UNIVERSIDAD DE SEVILLA.-

TRABAJO FINAL DE MASTER.-

**ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A DIVERSOS ASPECTOS
PROBLEMATICOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO EN EL
DERECHO PENAL.-**

Marcelo BLOJ

INDICE.-

A. INTRODUCCION.....	4
B. ASPECTOS RELEVANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO.....	6
C. EL PROBLEMA DE LA CAUSALIDAD.....	8
I) Las concepciones tradicionales sobre la causalidad en el derecho penal.....	8
II) El problema de la causalidad en la responsabilidad penal por el producto.....	10
III) La Jurisprudencia.....	14
IV) La estructura de la causalidad.....	18
V) La doctrina.....	19
VI) La prueba de la causalidad y el principio “in dubio pro reo”.....	24
VII) Toma de posición.....	27
D. LA RESPONSABILIDAD PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA REFERIDO A LA ORGANIZACIÓN.....	30
I) La postura en la jurisprudencia referida a la responsabilidad penal por el producto. Modelo de imputación top-down.....	30
II) La atribución de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa. Problema relacionado con la tradicional imputación individualizada de la dogmática penal.....	34
III) La responsabilidad penal de los directivos de la empresa.....	38
IV) Problemas de causalidad en los casos de acuerdos delictivos en órganos colegiados.....	38

V) Problemas de responsabilidad penal relativos al plan delictivo común tomado en una decisión del órgano directivo.....	41
VI) Soluciones para la responsabilidad penal del directivo.....	44
a) Autoría mediata.....	44
b) Coautoría.....	46
c) Participación.....	48
d) La solución por vía de la comisión por omisión.....	50
e) Contenidos de los deberes jurídicos de garantía y cumplimiento de deberes en casos de delegación.....	54
f) La responsabilidad penal del delegante.....	58
VII) Toma de posición.....	60
E. LA INFRACCIÓN DE LOS DEBERES COMO CAUSAL DE IMPUTACIÓN PENAL.....	64
I) Los delitos de omisión impropia, y la injerencia como fuente de posición de garante.....	64
II) El problema de la comisión por omisión y la posición de garante del empresario por injerencia en el caso “LEDERSPRAY”.....	70
III) La postura de la Audiencia de Mainz acerca de la comisión por omisión del empresario. Deberes de aseguramiento del tráfico.....	72
IV) La doctrina que comparte la tesis de los deberes de aseguramiento del tráfico.....	73
V) Las críticas a la tesis de los deberes de aseguramiento del tráfico.....	75
VI) La postura del BGH acerca de la comisión por omisión del empresario por el hacer precedente o (injerencia).....	77
VII) El rechazo unánime de la doctrina a la tesis del hacer precedente o (injerencia) sostenida por el BGH.....	78
VIII) La aceptación de la posición de garante por injerencia a pesar de que el hacer previo sea conforme a derecho.....	82
IX) La crítica a la tesis que acepta la posición de garante del fabricante por injerencia a pesar de que el hacer previo sea conforme a derecho.....	83
X) La tesis de la posición de garante por la asunción de una función de protección. Objeciones.....	85
XI) Toma de posición.....	87

F. CONCLUSIONES FINALES.....	89
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	94

A. Introducción:

Durante las últimas décadas el derecho penal ha tenido que hacer frente a toda una serie de novedosos problemas planteados por el desarrollo de las sociedades altamente industrializadas, entre ellos, el vinculado con la responsabilidad penal por productos defectuosos.

Esta terminología, muy difundida actualmente en la doctrina alemana, que ha sido también su principal impulsora, se emplea para hacer referencia a la responsabilidad penal de los productores o distribuidores de productos de consumo defectuosos o peligrosos respecto de las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos esenciales de los consumidores (fundamentalmente la vida, y la integridad física).

En efecto, la fabricación y distribución de productos masiva representa, pese a su indiscutible utilidad social, una elevada fuente de peligro, principalmente para la integridad física como para la vida de los consumidores, bienes jurídicos protegidos por el derecho penal considerados como intereses fundamentales.

No sólo los defectos intrínsecos de determinados productos que pueden provocar su nocividad, sino el mero hecho de la comercialización de ciertos productos, de los cuales se desconocen totalmente sus efectos, -como en el caso de ciertos fármacos-, supone ya un riesgo general con probabilidad de afectación a un grupo de personas.

Se genera así, un conflicto entre dos intereses enfrentados. Por un lado, la fabricación y comercialización de productos, actividad que resulta necesaria para la satisfacción de necesidades básicas de los individuos, para incrementar su bienestar y para la mejora de la economía; y por otro lado, y al mismo tiempo, se generan demandas de seguridad, tanto en la producción como en la distribución y comercialización de estos productos.

De modo que, si bien es cierto que todos los sujetos consumidores se exponen a diversos riesgos implícitos en la actividad de uso y consumo de ciertos artículos en esta llamada sociedad (de riesgo) postindustrial, no es menos cierto que también esperan ciertos niveles de seguridad aportados por las empresas, y establecidos, en ocasiones, no sólo por ellas, sino por la Administración.

Mediante la responsabilidad penal por el producto, temática que abordaremos en el presente trabajo, tanto la jurisprudencia Alemana como la de otros países europeos han intentado dar una solución a este problema complejo, modificando, y ampliando las estructuras tradicionales de imputación del derecho penal.

Ello así, pues las particularidades que presentan los supuestos de responsabilidad penal por el producto radican en que, en casi todos los casos, a través de las estructuras

tradicionales de imputación no se pueda llegar a los resultados condenatorios que la conciencia social pudiera reclamar.

Esas particularidades vienen determinadas por la enorme complejidad que ha adquirido el proceso de producción y fabricación de productos de consumo en la sociedad moderna. El productor o distribuidor es normalmente una empresa, persona jurídica, en la que trabajan numerosas personas físicas, organizadas bajo los principios de jerarquía y de división del trabajo y reparto de ámbitos de competencia, deberes y funciones, de modo que resulta difícil (más cuanto mas compleja es la estructura empresarial) hallar una única persona física a la que se pueda hacer responder de la infracción del deber que dio lugar a la deficiencia del producto, a consecuencia de la cual se produce el peligro o la lesión a los bienes jurídicos esenciales del consumidor, o lo que viene a ser lo mismo, resulta difícil determinar cuál es el deber de conducta infringido por la persona individual que fundamenta su responsabilidad.

Concretamente, mientras que las estructuras de imputación jurídico penal están inspiradas en el principio de responsabilidad individual de la persona física, que con su conducta causa resultados, infringiendo deberes, el proceso productivo y de distribución de productos de consumo de la sociedad moderna se caracteriza por su complejidad organizativa. Por lo que los criterios de imputación tradicionales se muestran a todas luces disfuncionales para enfrentar este nuevo problema.

Quienes se pronuncian a favor de la necesidad de intervención del derecho penal en estos supuestos, sostienen que la producción, y puesta en el mercado de productos de consumo, pese a su necesidad social, constituye una fuente de peligro para bienes jurídicos esenciales de los consumidores –la vida y la integridad física-, bienes jurídicos que constituyen el objeto central de protección del derecho penal. Siendo así, este es un ámbito en el que puede y debe intervenir el Derecho Penal: su intervención esta justificada por la importancia de los bienes jurídicos en juego y la gravedad del ataque a los mismos, y las normas de determinación de conductas del Derecho Penal aparecen como un instrumento adecuado para reducir la peligrosidad del proceso productivo a límites socialmente tolerables¹.

Con esa premisa, esta línea doctrinal considera que ante las peculiaridades que plantean los supuestos de responsabilidad penal por el producto, es necesario individualizar y concretar los deberes de conducta de cada uno de los intervinientes en el proceso productivo y

¹ Cfr. KUHLEN, Lothar,, “Lothar, Grundfragen der strafrechtliche Produkthaftung”, Ponencia Seminario Hispano- Alemán citado por PAREDES CASTAÑON, José Manuel y RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, en su obra “El caso de la colza: Responsabilidad Penal por productos adulterados o defectuosos”, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, págs. 33 y 34. Nota al pie n° 24.

desarrollar las estructuras de imputación para adecuarlas a la solución de estos casos. Pero todo ello puede hacerse con el instrumental dogmático ya existente y dentro del respeto a los principios limitadores básicos del Derecho Penal².

Por su parte, quienes están en contra de una responsabilidad penal por el producto consideran que el derecho penal no es un instrumento idóneo para hacer frente a los problemas de la “sociedad del riesgo”.

Esta postura es desarrollada por una corriente no mayoritaria, pero muy influyente actualmente en la ciencia penal alemana, impulsada por la “Escuela de Frankfurt”³, y cuyo principal enfoque es la valoración crítica del desarrollo del Derecho Penal moderno, al que se tilda de haber pasado a ser un “Derecho Penal simbólico” y funcionalizado, convertido en instrumento por excelencia para la solución de conflictos sociales y de control de los nuevos riesgos, en un instrumento de política interna, al servicio de intereses políticos, atendiendo fundamentalmente a exigencias preventivo generales y a la eficacia político criminal a corto plazo, en detrimento de los principios clásicos de certeza, subsidiariedad, “ultima ratio”, exclusiva protección de bienes jurídicos y responsabilidad individual, que se ven menoscabados por la “flexibilización” de las estructuras dogmáticas, la utilización cada vez mas frecuente de delitos de peligro y el recurso a bienes jurídicos colectivos, vagamente formulados.

Y como el Derecho Penal no es un medio idóneo para hacer frente a los problemas de la “sociedad de riesgo”, no puede contribuir a su solución, ni a minimizar el riesgo, se acaba convirtiendo sólo en un instrumento de política interna que intenta acallar la opinión pública, en un instrumento de legitimación política del Estado, lo cual tiene efectos negativos, no solo sobre el propio Derecho Penal (que, tras sacrificar los tradicionales criterios de imputación en aras de una pretendida eficacia, pasa a cumplir sólo una función simbólica, olvidando su función real), sino también sobre la propia sociedad cuyos riesgos pretende controlar, pues impide que se tomen otro tipo de medidas que sí podrían ser eficaces.

B. Aspectos relevantes de la responsabilidad penal por el producto

² Cfr. HILGENDORF, Eric, “Strafrechtliche Produzentenhaftung in del Risikogesellschaft”, pág. 104 y ss., y 171. y KUHLEN, “Lothar, Grundfragen der strafrechtliche Produkthaftung”, Ponencia Seminario Hispano-Alemán, obras citadas por PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel y RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, en su obra “El caso de la colza: Responsabilidad Penal por productos adulterados o defectuosos”, ob. cit. pág. 34. Nota al pie n° 25.

³ Principalmente las obras de HASSEMER, Winfried, “Symbolisches Strafrecht und Rechguterschutz”, NStz, 1989, págs. 553 y ss.; HERZOG, Felix, “Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)”, ADPCP 1993-I, págs. 317 y ss., citadas por PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel y RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, en su obra “El caso de la colza: Responsabilidad Penal por productos adulterados o defectuosos” ob. cit., pág. 35. Nota al pie n° 26.

Los aspectos jurídicos más relevantes y controvertidos de la temática de la responsabilidad penal por el producto, en la jurisprudencia Alemana y de otros países europeos, giran en torno a los siguientes puntos:

a) Las cuestiones relativas a la causación del daño, dado que los productos se elaboran de forma compleja y todavía no se ha podido determinar el factor individual que produce efectos nocivos.

Concretamente, en la casi totalidad de los supuestos de responsabilidad penal por el producto se plantean problemas en cuando a la constatación de la relación causal entre los resultados lesivos (muertes, lesiones...) y la actuación de los sujetos intervinientes, al tratarse de cursos causales no verificables. Y ello tanto por la complejidad del proceso productivo, con múltiples factores co-causantes cuyos efectos no pueden aislarse empíricamente, como por el deficiente conocimiento científico-naturalístico de los procesos causales en cuestión, que impide la constatación empírica de la relación causa-efecto en el sentido de las ciencias experimentales, conforme la tradicional teoría de la condición o de la equivalencia de las condiciones.

b) La responsabilidad penal desde el punto de vista referido a las organizaciones empresarias, y la imputación de los resultados lesivos a los miembros individuales de la empresa en función de su esfera de competencia dentro de la misma.

Dado que la empresa moderna es un engranaje presidido por la división del trabajo y el reparto de competencias, en el que el producto final es el resultado de actuaciones complementarias de diversos sujetos, resulta imprescindible para la imputación penal (basada en el principio de responsabilidad individual) determinar cual es el ámbito de competencia de cada sujeto, cuales son sus deberes, tanto de actuación como de control y vigilancia, y en que medida resulta aplicable el principio de confianza en que los demás realizarán correctamente sus tareas.

Pues bien, frente a la complejidad para la determinación de la competencia y los deberes de cada interviniente, ésta se realiza en función de la posición que cada uno ocupa en la empresa. Así, la responsabilidad primaria no se impone a quien directamente causa el daño, al operador más próximo al hecho –que en la mayoría de los casos se trata de un trabajador con un ámbito de competencia y decisión muy limitado-, sino a la dirección de la empresa, al responsable de la decisión, partiendo del principio de responsabilidad general de la dirección de la empresa, a quien se imponen una serie de deberes –penalmente relevantes- de organización, vigilancia y control, y de intervención en situaciones excepcionales o de crisis.

c) Por último, se plantea la cuestión de la infracción de los deberes a su cargo por parte del fabricante, como causal de responsabilidad penal en comisión por omisión por injerencia. Concretamente, en estos casos, se convierte a todo aquel que con su actuación incrementa el riesgo en garante, imponiéndole un deber penal de evitar el daño, lo que lleva a un extraordinario incremento de las exigencias penales de cuidado y del ámbito de autoría penal, ampliando la responsabilidad.

Lo que sucede es que en muchos de estos casos, -como ha sucedido en el del *Lederspray* en Alemania-, el comportamiento activo de comercializar los productos resulta muchas veces irreprochable, -es decir que el hacer precedente es conforme a derecho- por lo que sobre las bases que rigen la posición de garante por injerencia, no resulta fácil fundamentar la obligación del fabricante de retirar el producto causante de los daños.

Cada una de esas cuestiones y su problemática serán abordadas a continuación en ese orden, para luego de su análisis –que girará en torno de la visión jurisprudencial y doctrinaria-, exponer mi posición respecto de las mismas. Finalmente, intentaré arribar a una conclusión acerca de la utilidad de esta nueva categoría jurídica que flexibiliza las estructuras del derecho penal tradicional.

C). El problema de la causalidad.-

D) Las concepciones tradicionales sobre la causalidad en el derecho penal.

Una breve reseña de las principales teorías que han tratado de explicar la causalidad en el marco de la dogmática penal nos conduce, en primer término, a la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*) creada por Julius GLASER en 1958.

Según dicha teoría, se entiende que causa de un resultado es cada condición que no puede ser suprimida mentalmente (mediante un procedimiento hipotético de eliminación) sin que con ella desaparezca simultáneamente el resultado. En el caso de las omisiones se prescribe un procedimiento inverso: una omisión será causa de un resultado si, supuesta mentalmente la realización de la acción omitida, el resultado hubiera sido evitado.

A esta fórmula se le han realizado las siguientes objeciones:

a) En primer lugar, no puede servir para averiguar una relación causal que no sea ya conocida: para poder decir que desaparecería el resultado si fuera suprimida mentalmente determinada condición, uno ya tiene que saber que ella ha contribuido a su causación. Ese conocimiento puede faltar por dos razones. Por un lado, puede haber dudas ya respecto de la legalidad que ha originado el curso peligroso del suceso. Ello vale por ejemplo, cuando no se sabe, ni puede ser declarado si las malformaciones habidas en un recién nacido se deben a la utilización de determinado medicamento durante el embarazo. En esa medida, se habla de la

cuestión de la *causalidad "general"*. Pero, por otro lado, la determinación de las causas del resultado puede fracasar también en el plano de la aplicación en sí de leyes de la naturaleza conocidas, y, por cierto, por razones de hecho. Por ejemplo, si varios conductores atropellan de noche a un sujeto que yace ebrio sobre la calle, pero no se puede averiguar quien de ellos le ha inferido las lesiones mortales, el resultado no puede serle imputado a nadie. El principio de que la duda no puede ir en perjuicio del acusado (“*in dubio pro reo*”), impide en este caso la imputación del resultado a cada uno de los intervinientes.

b) Una segunda crítica que se le ha formulado a esta teoría se basa en el hecho de que ha costado un agudo esfuerzo intelectual concebir esa fórmula de la causalidad de tal modo que ella no condujera a consecuencias irrazonables o indeseadas. En efecto, presentan dificultades los casos de la llamada doble causalidad: si los tiros de varios asesinos que disparan simultáneamente han conducido a la muerte de un hombre, la responsabilidad de ninguno de ellos puede fracasar por el hecho de que los disparos de los demás también habrían sido mortales por sí solos. Sucede algo similar, entonces, en los casos de causas de reemplazo: si, p. ej, en un atentado varios asesinos están preparados para actuar en caso de que fracase uno de ellos, evidentemente esto no puede exonerar a aquél que ha matado a la víctima efectivamente⁴.

c) Finalmente, se ha sostenido que esta teoría conduce a un regreso “*ad infinitum*” en tanto carece de parámetro para limitar la cadena causal. En este sentido, nótese que ya un sano entendimiento humano proscibiría poner a cargo del vendedor de armas –desde puntos de vista jurídicos-, la causación de todos los hechos reprobables que fueran cometidos con su uso. No menos irrazonable resulta ser la inclusión de los cursos completamente inusuales del acontecer, como por ejemplo cuando la víctima de un atentado muere sólo porque se cae el avión que la trasladaba al hospital.

En segundo lugar, nos encontramos con la teoría de la causalidad adecuada que fuera creada por Johannes VON KRIES con la intención de limitar la responsabilidad en el campo de la causalidad sin recurrir a la culpabilidad. El punto específico de la misma era la limitación de los delitos cualificados por el resultado.

Esta teoría sigue el procedimiento hipotético de eliminación de la teoría de la equivalencia, pero no acepta como causa a todas las condiciones del resultado que no puedan

⁴ Cfr. STRATENWERTH, Günter, “Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible”. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pág. 149. Por ello, autores como ROXIN, siguiendo la doctrina dominante, sostienen que la circunstancia de que el resultado se hubiese producido igualmente de otra manera no elimina la causalidad, ya que se debe aceptar como irreversible la forma en que se sucedieron los hechos en el caso concreto, y no otros

eliminarse mentalmente, sino solamente a aquellas que según la experiencia sean, en general idóneas para producir el resultado típico. Causa es entonces sólo la condición adecuada al resultado⁵. Quedan excluidos así los cursos del acontecer imprevisibles. De esa manera, así, y todo, se logra que la responsabilidad penal no pueda abarcar más que la capacidad del hombre de conducir y dominar los cursos causales.

La construcción de la teoría se lleva a cabo a partir de una bipartición del concepto de adecuación: la idoneidad de lo acontecido para la realización del resultado abstractamente considerado deberá valorarse *ex ante* –adecuación en sentido amplio- y, *ex post*, deberá examinarse la adecuación del resultado en su típico curso causal –adecuación en sentido estricto-. Los problemas que se suscitan ofrecen también una doble vertiente: por un lado concretar que conocimientos han de servir de base al juicio de previsibilidad objetiva; y por el otro, el grado de probabilidad que se ha de exigir⁶.

La objeción fundamental que se le ha hecho a esta teoría estriba en la utilización de un concepto, el de probabilidad, que por sí mismo no puede decidir sobre la atribución o no de un resultado a una conducta determinada, al tratarse de una valoración que el legislador ha de extraer sobre la base otros criterios; en otras palabras la adecuación es un criterio que no tiene nada que ver con la causalidad sino que será, eventualmente, un criterio de imputación objetiva⁷.

II) El problema de la causalidad en la responsabilidad penal por el producto.-

La opinión dogmática actualmente mayoritaria pregona, como criterio de imputación irrenunciable para los delitos de resultado, la existencia de la prueba de una relación de causa-efecto, objetiva, real y conforme con leyes naturales. Es por ello, que más allá de otros

que hipotéticamente hubieran podido ocurrir. (Cfr. ROXIN, Claus “Derecho Penal, Parte General”, ed. Civitas, Madrid, 1997, Tomo I, pág. 352 ap. 17).

⁵ Cfr. DONNA, Edgardo A., “La imputación objetiva” (Ensayos de derecho Penal) Editorial de Belgrano Bs. As., 1997, pág. 22.

⁶ Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu “El delito imprudente”, ed. B de F, Montevideo, Bs. As., 2008, pág. 404. Asimismo, aclara la autora que en atención a la medida que se utilizará para valorar el concepto de previsibilidad, es necesario determinar las circunstancias del caso cognoscibles por un hombre medio en un juicio de prognosis posterior objetiva, junto a los conocimientos superiores que posee el autor. Sobre el grado de probabilidad, por otro lado, existen dos formulaciones divergentes, una positiva y otra negativa. Para la primera, se da el grado de probabilidad necesario si la acción aumenta, en general, la posibilidad de un resultado de la clase del que se ha producido, de modo no insignificante. A esta formulación se le objeta que amplía excesivamente la absolución al restringir excesivamente el ámbito de la adecuación, poniendo en peligro la función de prevención general. Por ello, se utiliza, preferentemente la fórmula negativa: se apreciará la existencia de causalidad adecuada cuando el resultado aparezca como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción.

⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, 2da. edición, Reppertor, Barcelona, 1985, pág. 189.

criterios de imputación valorativos, la prueba de la causalidad resulta ser la base de la imputación objetiva de un comportamiento delictivo activo⁸.

También existe un consenso generalizado en cuanto a que la causalidad constituye el primer elemento del tipo objetivo y que con su comprobación se establece sólo el presupuesto más elemental y el límite más externo de la responsabilidad penal⁹. Tras su determinación, debe verificarse la existencia de otros elementos que permitan afirmar la responsabilidad del imputado. Es decir que, con la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado siempre el tipo, aunque concurren los demás elementos típicos escritos¹⁰.

De ahí que para hablar de responsabilidad penal por el producto, primeramente debe probarse la relación de causalidad en el sentido de las ciencias de la naturaleza, entre el consumo o uso de un determinado producto y los daños que han sufrido determinadas personas en la vida o en la salud¹¹, para luego de ello, en un segundo momento, estudiarse cual ha sido la actuación humana (que son las únicas imputables) que ha creado ese riesgo jurídicamente desvalorado que después se ha materializado en el resultado¹².

Esto, que en principio parece claro, plantea no pocos problemas desde el primer momento en que se intenta establecer si ha existido o no una relación causal entre el uso o consumo de un determinado producto y los daños que han sufrido determinadas personas.

La razón estriba en que normalmente resulta difícil (por no decir imposible) probar científicamente que producto, o que componente de éste, ha podido causar los daños, y es que normalmente no existe un convencimiento científico absoluto sobre esta relación entre el producto y el daño.

⁸ También existe un consenso generalizado en cuanto a que la causalidad constituye el primer elemento del tipo objetivo y que con su comprobación se establece sólo el presupuesto más elemental y el límite más externo de la responsabilidad penal. (cfr. WELZEL, Hans, "Derecho Penal alemán. Parte General", traducción de la 11ª edición alemana de Juan BUSTOS RAMIREZ y Sergio YAÑEZ PEREZ, Jurídica de Chile, Santiago, 1970, pág. 53). Tras su determinación, debe verificarse la existencia de otros elementos que permitan afirmar la responsabilidad del imputado. De tal manera afirmar la existencia de la causalidad no significa nada más que eso, y no implica ningún reproche.

⁹ Cfr. WELZEL, Hans, "Derecho Penal alemán. Parte General", ob. cit. pág. 346.

¹⁰ Cfr. ROXIN, Claus, "Derecho Penal. Parte General", ob. cit., pág. 346. Allí el autor a modo de ejemplo sostiene que puede faltar la imputación aunque el autor haya causado el resultado, pero esa causación se deba a la pura casualidad: si A convence a B para que tome un vuelo a Mallorca, en el que B muere al estrellarse el avión, ciertamente A ha causado la muerte de B con su consejo, pero pese a ello no ha matado a B, porque el suceso se presenta como un accidente incalculable y por eso no se le puede imputar a A como obra suya.

¹¹ Ello está relacionado con la necesidad de determinar que tipo de conocimientos y que relaciones empíricas son necesarias para que en sentido jurídicopenal se pueda hablar de que la utilización de cierto producto ha sido causa de un daño en la salud. En este primer momento es fundamental el papel de los peritos e investigadores y se debe tratar de buscar de forma empírica que producto, entre todos los que se consideran como posibles, ha podido ser el causante de los daños.

¹² Aquí es donde los criterios valorativos del derecho penal cobran importancia y es en este momento donde el juez penal debe imputar responsabilidades, en el sentido de la teoría de la imputación objetiva del resultado,

Ello no es una cuestión menor, si tenemos en cuenta que, un juicio de causalidad certero sólo puede formularse cuando las condiciones antecedentes y el resultado son subsumibles bajo una ley general confirmada empíricamente, una denominada ley causal general¹³.

Sin embargo, todas las concepciones que defienden la existencia de una responsabilidad penal por el producto, coinciden en plantear menos exigencias al conocimiento de la causación del daño, considerando innecesarias cuestiones de detalle o incluso certezas científiconaturales.

En esa línea, -y pese a que es posible encontrar en la jurisprudencia alemana precedentes anteriores¹⁴-, existieron casos resonantes de responsabilidad penal por el producto, tales como el caso CONTERGAN¹⁵ y del LEDERSPRAY¹⁶, en donde era controvertida la ley causal que se aplicó para la determinación de la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado.

En el primero de ellos, se planteó la responsabilidad penal de los directivos de la empresa farmacéutica alemana Grunenthal que comercializaba un medicamento tranquilizante, denominado en Alemania Contergan, cuyo componente activo fundamental era la talidomida y que fue recetado entre 1957 y 1961 a mujeres gestantes que posteriormente dieron a luz niños con graves malformaciones. En el momento en que tuvo lugar el proceso, esto es, a finales de los años sesenta, y principios de los setenta, todavía se discutía sobre si la

mediante la determinación de la creación de un riesgo jurídicamente desvalorado y la realización de ese riesgo en el resultado.

¹³ A partir de estos postulados, es posible hablar de una causalidad general y de una causalidad concreta; la primera es la ley natural que permite afirmar con carácter universal la relación entre dos sucesos; la segunda es la aplicación de aquella norma genérica en el caso sometido a juzgamiento.

¹⁴ En 1915 el Tribunal Supremo del Imperio Alemán (RG) resolvió el caso “BRUNNENSALZ”, referido a la contaminación de alimentos; cfr. *RGZ* 87,1, de conformidad con la cita de SCHÄFFER-CLAUS OTT, Hans Bernd, “Ökonomische Analyse des Rechts”, 2º ed., Springer Verlag, Berlín 1995, p. 272, nota 20. Mas tarde en 1959 hallamos el caso de la fabricación de enchufes defectuosos de lavarropas (zwischenstecker): en contra de las reglas técnicas vigentes en el sector, esos artefactos carecían del llamado cable a tierra. Como consecuencia de la muerte de una usuaria a causa de una descarga eléctrica al conectar uno de ellos, los fabricantes fueron condenados por homicidio imprudente. Otro caso que emerge de la literatura alemana es el de “los pelos de cabra”, resuelto por el Tribunal Supremo del Imperio el 23/09/1929 (*RGSt* 63, 211). El acusado había comprado a una empresa comercial china pelo de cabra para su fábrica de pinceles; pese a la advertencia del vendedor de que era necesario desinfectarlos, los entregó a sus empleados sin cumplir con tal medida preventiva. Cuatro trabajadores resultaron contagiados por bacilos de carbunco y murieron. A raíz de estos hechos, el dueño de la fábrica fue acusado por el homicidio imprudente de esos empleados. El tribunal de escabinos que juzgó el caso lo encontró culpable pero el tribunal de apelación lo absolvió. El Tribunal Supremo del Imperio casó esta sentencia. Lo interesante del caso es que, según las declaraciones del perito que intervino en el juicio, los trabajadores también habrían muerto aunque se hubiera realizado la desinfección, pues los desinfectantes permitidos no ofrecían garantías suficientes de que los pelos quedaran efectivamente libres de gérmenes; (Cfr. ROXIN, Claus, “Problemas básicos del Derecho penal”, ed. Reus, Madrid, 1976, págs. 149 y 150).

¹⁵ LG Aachen, JZ 1971, 507.-.

¹⁶ Sentencia BGH St, 37, 106.-.

talidomida, sustancia activa del somnífero Contergan, ocasionaba deformaciones en el feto en caso de ser ingerida durante una determinada fase del embarazo.

De ahí que el problema concreto se planteó en este caso con la relación entre el consumo del citado medicamento y los efectos en los fetos, llegándose a la condena de los directivos, pero sin haberse podido demostrar científicamente la existencia de una ley causal general, y con opiniones encontradas en muchos de los expertos que fueron consultados.

En lo que respecta al caso del LEDERSPRAY, los hechos fueron los siguientes: Se trataba de determinar la responsabilidad penal de varios directivos de una empresa de producción y otras dos empresas filiales de distribución de un spray para calzado y piel comercializado bajo la marca *Erdal* y *Solitar*, respecto de las lesiones sufridas por algunos de los consumidores del producto tras su utilización. En 1980, diversas personas sufrieron trastornos respiratorios, tos, náuseas, fiebres, y en algunos casos edemas pulmonares, tras rociar varios artículos de piel de spray. A la vista de las primeras reclamaciones, se modificó la composición del producto, pero los daños siguieron produciéndose.

Aunque no pudo establecerse cuál fue la sustancia concreta del producto que había causado los daños, el Tribunal resolvió que la causalidad debía entenderse probada siempre que se demostrara la conexión entre el producto y los daños, y pudiera excluirse como causa del daño cualquier otro factor. Nada cambia porque todavía no haya sido posible identificar exactamente desde el punto de vista científico natural esa sustancia o combinación de sustancias, si es que se ha constatado de manera jurídicamente correcta que algunos de los componentes integrantes del producto fue el causante de los daños.

Concretamente, en el caso LEDERSPRAY, tampoco era conocida la sustancia química o combinación de sustancias químicas componentes del “lederspray”, -producto para la limpieza de artículos de piel o cuero-, que podían causar edemas pulmonares, sólo se habían verificado una sugerente coincidencia temporal entre la utilización de este spray y la aparición de edemas pulmonares en usuarios concretos.

Algo similar sucedió también en España en el resonante caso de la Colza, que ha resuelto el Tribunal Supremo¹⁷. Los hechos del caso fueron los siguientes: en 1981, fueron envenenados más de 60.000 españoles, más de 800 de ellos murieron. A principio de mayo de 1981 se detecta una enfermedad nueva en España, que afecta rápidamente a un creciente número de individuos. En los primeros días surgen diversas hipótesis de urgencia sobre el origen que desencadenó la epidemia, hasta que el gobierno anuncia que la culpa de todo la tiene la partida de aceite de colza desnaturalizado, distribuido en venta ambulante. Los

industriales y comerciantes que han intervenido en el proceso de importación, y manipulación de este aceite son quienes son sentados en el banquillo de los acusados, siendo condenados por el Tribunal Supremo Español. El Tribunal Supremo aplicó la doctrina desarrollada por el Tribunal Federal Alemán en el caso CONTERGAN, y consideró probada la correlación existente entre el antecedente de la ingestión y las consecuencias de la muerte o las lesiones: “ para la determinación de una ley causal natural al menos en el sentido del Derecho penal, no es necesario que se haya podido conocer el mecanismo preciso de la producción del resultado (en este caso la toxina que ha producido los resultados típicos) en tanto se haya comprobado una correlación o asociación de los sucesos relevantes y sea posible descartar otras causas que hayan podido producir el mismo”.

En este caso, tampoco se había logrado determinar que combinación química resultó tóxica en el aceite de colza. Sólo existía una relación estadística verdaderamente llamativa entre la aparición de un determinado síndrome tóxico y la difusión del aceite de mesa amarilleado con anilina.

A partir de allí, se plantean los siguientes interrogantes:

¿Cómo debe comportarse un tribunal juzgador en aquellos casos en que entre los profesionales competentes –peritos, científicos-, es cuestionable la ley causal que llena la causalidad?.

¿La falta de claridad de las ciencias naturales puede tener como consecuencia que el juez tenga libertad para afirmar o negar la existencia de una ley natural?.

¿Basta para el establecimiento de la relación de causalidad a los efectos penales, con la comprobación de la sucesión repetida de un factor (una acción humana) y de una consecuencia (un resultado lesivo), siempre que no sea posible hallar otra explicación mas convincente para dicha consecuencia?, ¿O es necesario, por el contrario, que para ello se puedan fijar suficientemente todos los pasos intermedios de la cadena causal, que conectan ese factor y esa consecuencia?.

¿Hasta que punto puede prescindirse del conocimiento de las relaciones empíricas de causalidad que puede tener un sujeto, teniendo en cuenta tanto los inconvenientes que surgen al momento de investigar empíricamente las relaciones de causalidad que se dan en estos casos, como la necesidad de respetar el derecho penal adecuado al marco de un estado de derecho?.

III) La Jurisprudencia.

¹⁷ STS 23/04/1992.

A los fines de desentrañar los interrogantes planteados, resultan básicas las conclusiones a que se arriba, sobre la cuestión de la causalidad entre la conducta (o, en su caso, el producto) y el daño en el delito de lesiones, en las ya citadas sentencias de la Audiencia Provincial de Aquisgrán en el caso “CONTERGAN”, en la del Tribunal Supremo Federal en el caso “LEDERSPRAY”, y en la del Tribunal Supremo Español en el caso del aceite de colza.

En el caso “CONTERGAN”, la Audiencia Provincial de Aquisgrán estableció como fundamento para determinar la causalidad entre la Talidomida o Contergán, producto tranquilizante que tomaron algunas mujeres embarazadas, y las graves malformaciones que luego se dieron en algunos recién nacidos, en la convicción de la Sala, subjetivizando la prueba de la causalidad, al sostener que no es necesaria ni determinante la prueba científica objetiva, sino que lo relevante es el convencimiento del juez, al que este puede llegar pese a la existencia de discrepancias entre los científicos.

Así en la sentencia, el Tribunal de Aquisgrán sostuvo que: *“La única prueba determinante para la emisión de un juicio penal se produce en el punto y hora en que el Tribunal esta plenamente convencido de los hechos sometidos a prueba” ... “la prueba penal, tal y como es propio de las ciencias del espíritu, no se basa en una idea directamente razonable, sino en el peso específico de la apreciación ponderada de la globalidad de lo acontecido” ... “Un juicio de esa naturaleza no depende de la certeza objetiva preceptiva para la prueba científico natural, sino sólo de la certeza subjetiva, ya que en un juicio como ese es impensable, al menos como regla general, alcanzar una seguridad excluyente de toda duda, aunque sólo fuese teórica”¹⁸.*

Concretamente entonces, en este caso el Tribunal estableció como principio que para la prueba de la causalidad general en “sentido jurídico” no es necesaria ninguna prueba científico natural que excluya con certeza la posibilidad contraria. Antes bien, resulta suficiente con que el Tribunal, teniendo en cuenta todas las circunstancias, se convenza plenamente de la relación de causalidad.

Por su parte, en el caso “LEDERSPRAY”, no se pudo demostrar desde el punto de vista científico natural, ante el Tribunal de instancia, la relación existente entre las enfermedades producidas y algún componente determinado del “Lederspray”. Algunos de los dictámenes producidos durante el proceso consideraron que había indicios que permitían establecer una relación causal suficiente desde el punto de vista médico. Este fue el criterio

¹⁸ LG Aachen, Sentencia de 18-12-1970, publicada en JZ 1971, 507 y ss.

adoptado también por la Sala en la valoración de la prueba, a pesar que de ningún modo se pudo demostrar la existencia de una relación de causalidad en sentido estricto.

En el recurso de casación el Tribunal Supremo Federal afirma que en este grupo de casos nada impide que el magistrado pueda tener por probada una relación causal con sustento en el convencimiento obtenido a partir de la prueba practicada.

En concreto, el Tribunal Supremo fundamentó su decisión con el siguiente argumento: *“Se ha constatado de un modo correcto desde el punto de vista jurídico que en todos los casos...los daños a la salud de los consumidores afectados se habían producido por el “lederspray” utilizado. La Sala de lo Penal...ha constatado expresamente en la descripción de los hechos que la causa de los accidentes sólo pudo “existir en algunos mecanismos toxicológicos causales de concretos componentes del producto o por lo menos en su combinación con otros”. Esta constatación vinculante para el Tribunal de casación, es suficiente para afirmar la relación de causalidad. Nada cambia en esto que todavía hasta hoy no haya sido posible identificar exactamente desde el punto de vista científiconatural esa sustancia o combinación de sustancias, que confiere al producto esa propiedad específica para causar daños a la salud. No interesa la investigación de la sustancia responsable de los mismos, ni el conocimiento de su eficacia tóxica en el caso presente. Y como se ha constatado de manera jurídicamente correcta que alguno de los componentes integrantes del producto – aunque no se haya podido aclarar más detalladamente cual de ellos- fue el causante de los daños, ya no es necesario para demostrar la relación de causalidad que además se compruebe por qué esas sustancias han podido causar esos daños: cual fue, pues, según el análisis y los conocimientos científiconaturales, la causa de los mismos...”*¹⁹.

Según surge de este pasaje de la sentencia del caso “LEDERSPRAY”, para el Tribunal Supremo la actual imposibilidad de las ciencias empíricas para determinar con precisión cuál es el factor nocivo del producto compuesto no tiene por qué afectar a la dogmática de la causalidad. Para determinar la misma, no es imprescindible conocer con exactitud la cadena existente entre el factor nocivo y el daño, cuando puede excluirse que un factor diferente al del producto –compuesto de varios factores nocivos- haya causado el daño.

El Tribunal Supremo utiliza el criterio de la libre valoración de la prueba, en el sentido de que no es necesario una certeza absoluta, objetiva y exenta de dudas. Basta con que no exista duda razonable acerca de la relación de causalidad y con que el juez con su valoración, no contradiga conocimientos que resulten aceptados sin discusión por las ciencias experimentales y no se aparte de los cánones científicos.

Asimismo, en los casos en que la cuestión sea objeto de polémica dentro de las ciencias experimentales, el Tribunal Supremo acepta que el juez valore los pros y los contras relativos a la relación (general) de causalidad, de modo tal que pueda llegar al convencimiento acerca de la existencia de la relación de causalidad entre los daños y el producto. Como consecuencia de su deber de esclarecimiento, el juez también puede y debe, considerar puntos de vista no generalmente aceptados.

La exposición del debate científico ha de hacerla el juez únicamente con la extensión suficiente para que el Tribunal de revisión pueda comprobar si las razones aportadas a favor o en contra de la relación de causalidad han sido ponderadas correctamente.

Por lo demás, la prueba de la relación causal, puede efectuarse de modo positivo, a través de la descripción y demostración del mecanismo causal, pero también negativamente, mediante la exclusión de otras posibles causas, que el juez penal no tiene porque examinar exhaustivamente. Basta, en este punto, con una valoración global de los conocimientos que suministran las ciencias experimentales y otros indicios, tras lo que puede afirmarse sin lugar a dudas que el factor analizado al menos ha sido cocausante.

Finalmente, en el caso del Aceite de Colza, el Tribunal Supremo Español confirma la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional, y entiende probada la relación de causalidad considerando que en aquellos ámbitos en los que el conocimiento empírico vulgar resulta insuficiente para emitir una explicación causal suficientemente convincente, y cuando, además, falte en la comunidad científica un consenso bastante acerca de la cuestión, ha de ser el órgano jurisdiccional el que decida cuando el número de datos en su poder (estos, sí suficientemente probados) constituyen un fundamento suficiente para abrir paso a una proposición afirmativa de la causalidad. Y ello porque la adopción de dicha decisión es una cuestión normativa, susceptible de ser objeto de la actividad hermenéutica judicial, ante la diversidad de conceptos de causalidad manejados en la ciencia.

Sobre esa base teórica la Sentencia del Tribunal Supremo Español establece ya un criterio concreto para afirmar la validez de una proposición afirmativa de la causalidad: existe una ley causal natural (y, por lo tanto pueden emitirse legítimamente juicios afirmativos de causalidad sobre tal base) “cuando comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas”.

En concreto entonces, los principios que surgen de la jurisprudencia de los tribunales en torno al problema de la causalidad planteado en este tipo de casos, puede resumirse del siguiente modo:

¹⁹ BGH NJW 1990, 2560, 2562.

a) El Juez penal no está de ningún modo limitado a la consideración de una relación de causalidad aclarada plenamente en el plano científico. Más bien, puede y debe apoyarse en opiniones científicas cuestionadas.

b) No es deber del Juez Penal llegar a convertirse en un especialista científico en cada uno de los temas, sino que, partiendo de los nuevos conocimientos que ofrecen las distintas ciencias, y en especial, la experiencia de la vida, ha de rebatir o descubrir soluciones.

c) No es necesaria la seguridad absoluta por parte del juez sobre la prueba de la causalidad, sino que basta con que no exista duda razonable.

d) Con la posibilidad de la libre valoración de la prueba por el juez, puede éste tomar en consideración puntos de vista científicos controvertidos y métodos todavía no muy conocidos.

e) El juez penal, se ha de apoyar, para llegar a este convencimiento subjetivo de que ha existido realmente una relación de causalidad, tanto en los conocimientos científicos que vienen dados por los peritajes de los expertos como en las pruebas de indicios.

En suma, puede decirse a modo de conclusión, que en este tipo de casos, la jurisprudencia alemana y española ha optado, cuando se han planteado dudas desde el punto de vista científico natural sobre la conexión causal entre algún componente del producto y los daños a la salud, por el convencimiento subjetivo del juez acerca de la existencia de esa relación de causalidad formado a partir de distintas opiniones científicas, datos estadísticos, y variados indicios.

IV) La estructura de la causalidad.

Conforme lo que se viene exponiendo, la estructura de la causalidad que surge de las decisiones jurisprudenciales en relación con la responsabilidad jurídicopenal por el producto considera que no resulta imprescindible conocer con exactitud la cadena existente entre el factor nocivo y el daño –muerte o lesiones de los consumidores-, cuando puede excluirse que un factor diferente al del producto –compuesto de varios factores nocivos- haya causado el daño.

Esta estructura de la causalidad se caracteriza por no ofrecer, o no hacerlo de un modo fiable, conocimientos empíricos seguros, tradicionalmente considerados centrales, a efectos de constatar la existencia de la misma.

Asimismo, constata que en los casos de responsabilidad por el producto, los principios generales de la experiencia tienen lagunas o no son reconocidos de un modo general, pero no deduce de este hecho la consecuencia de que con ello el juicio de causalidad tiene lagunas o es objetable, sino que, por el contrario, procura salvarlo considerando

suficiente una relación generalizadora, producto de indicios basados en probabilidades estadísticas.

V) La doctrina.

En la doctrina penal alemana las resoluciones judiciales citadas precedentemente, y la manera en que se ha tenido por demostrada a partir de sus conclusiones, la relación de causalidad entre el producto y los daños a la salud de los consumidores, ha suscitado todo tipo de discusiones y controversias.

La crítica más importante se centra en el caso “LEDERSPRAY” dado que las posibles dudas existentes sobre la causalidad no han sido tenidas en cuenta al momento de la valoración de la prueba y tampoco han sido consideradas en favor del acusado.

SAMSON dice al respecto que existe la posibilidad -bastante sería- de que otra sustancia –hasta ahora desconocida- haya causado la fibrosis pulmonar y...que (la utilización del “Lederspray”) en los casos en los que se produjeron los daños apareciera coetánea y casualmente con otra sustancia desconocida. Desgraciadamente, el Tribunal Supremo Federal no nos dice si el Tribunal de instancia se había convencido de la primera premisa, es decir, de que, en efecto, se conocen todas las causas que han podido producir la fibrosis pulmonar. Ello se puede deber a que el Tribunal ni siquiera se haya planteado esta cuestión...Las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia del Tribunal de instancia permiten sospechar en todo caso...que el acusado podía haber revocado la venta del producto, pero no sirven de prueba de la causalidad²⁰.

Por su parte, PUPPE critica la concepción misma de la prueba que tiene el Tribunal Supremo Federal. Esta autora objeta que en el caso “LEDERSPRAY” ni siquiera ha habido una hipótesis fundada científicamente acerca de cual de los componentes del spray y bajo que condiciones ha podido causar los daños.

Refiere la citada autora que las regularidades estadísticas, que el BGH ha aplicado en el caso “LEDERSPRAY”, no son en realidad leyes causales, porque a ellas no les sirve de base ninguna teoría general, y por eso, no es posible comprobar su concordancia con otras proposiciones teóricas generalmente reconocidas y, particularmente con leyes causales. Son sólo indicios de la existencia de una ley causal que todavía debe formularse. Semejante prueba de indicios conduce a la jurisprudencia a aceptar como decisivo para permitir la admisión de una ley causal desconocida, el hecho de que no se haya encontrado ninguna otra explicación causal plausible de los daños.

²⁰ Citado por HASSEMER Winfried- MUÑOZ CONDE, Francisco, “La responsabilidad por el producto en derecho penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 137.

En cuanto a las consecuencias que ello suscita para el imputado en el proceso penal, la prestigiosa doctrinaria alemana afirma que la ley causal constituye un hecho principal, cuando en un proceso los medios de prueba ni siquiera son suficientes para expresar un hecho principal, y éste permanece, por ello, indeterminado en cuanto a su contenido, el autor apenas si puede defenderse de lo que se le imputa. Una afirmación que no esté formulada por completo resulta especialmente difícil de refutar. La única defensa posible contra ella consiste en presentar, el propio sujeto acusado, otra explicación causal más plausible sobre los daños. Así el sospechoso para ser absuelto debería entregar a los verdaderos culpables.

Por fin, concluye PUPPE su crítica sosteniendo que para que quede probada la causalidad nunca es suficiente, por sí sola, con una gran cantidad de casos en los cuales se haya constatado una conexión temporal entre la acción del autor o su efecto y unos daños. Hace falta, además, una teoría causal que explique esta coincidencia y cuya armonía con otras teorías ya generalmente reconocidas pueda ser comprobada²¹.

Por su parte, HASSEMER y MUÑOZ CONDE centran sus críticas aduciendo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha modificado, imperceptiblemente, el concepto jurídico material de causalidad, sustituyendo la teoría de la causalidad adecuada a las leyes naturales” por un modelo de Black-Box o “caja negra”.

En tal sentido, afirman los mencionados autores, que están controladas la entrada y la salida de la caja (el producto compuesto), pero su contenido permanece en la oscuridad. Se sabe que el producto, tal como es, tiene una relación suficiente con determinados daños; se sabe también que se puede excluir con bastante fiabilidad otro factor nocivo distinto a este producto; pero no se sabe cuál es el factor nocivo dentro de los que componen el producto. La ciencia del derecho penal tiene, pues que plantearse si esta construcción resuelve

²¹ Cfr. PUPPE, Ingeborg, “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, trabajo publicado en la obra “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto”, Coordinadores MIR PUIG, Santiago, LUZON PEÑA, Diego, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 223-225. En un mismo orden de ideas, y postulando el rechazo de la sentencia de la colza, se ha pronunciado también la mayoría de la doctrina española. Así, por ejemplo, PAREDES (indicaciones en GIMBERNAT, “*Ensayos Penales*”, 1999, págs. 331 y ss.); CUELLO CONTRERAS, “*El derecho penal español. Teoría del delito/1*, 2da. Ed.”, 1996, pp. 461 y ss.; TORIO, ROMEO CASABONA (ed.), “*Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*”, 1997, págs. 376-379; CEREZO, “*Curso de derecho penal español, Parte General II*”, 6ta. ed., 1998, p. 55 n. 16; MUÑOZ CONDE, “*La búsqueda de la verdad en el proceso penal*”, 1999, pág. 46 y ss. (Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (responsabilidad por el producto, accesoriadad administrativa del derecho penal y decisiones colegiadas)”, publicado en *Revista de Derecho Penal*, 2005-1. Autoría y participación. Director Edgardo DONNA. Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2005, pág. 12, nota n° 6).

satisfactoriamente, desde el punto de vista del Derecho Penal, el problema de la constatación de la causalidad²².

Pero además, con mucha agudeza HASSEMER y MUÑOZ CONDE destacan que este método jurisprudencial del Black-box significa naturalmente –desde el punto de vista de la teoría de la condición conforme a las leyes de la experiencia- una reducción esencial de los presupuestos de la penalidad (uno de los cuales es el concepto de causalidad); pues lo que parece lógico y evidente para los delitos de peligro (descripciones de una aptitud general a producir daños), supone para los delitos de lesión (como las lesiones u homicidio) una deficiente tipificación. Por todo ello debe preguntarse si este esfuerzo de la jurisprudencia por dotar al derecho penal del arsenal necesario para enfrentarse con las catástrofes y graves perturbaciones de esta época, no supone para el inculpado una pérdida de sus garantías y de sus posibilidades de defensa.²³

En España, PAREDES CASTAÑÓN y RODRIGUEZ MONTAÑES, siguiendo las tesis establecidas por HASSEMER y PUPPE en relación con los casos “CONTERGAN” y “LEDERSPRAY”, pero comentando el caso de la Colza, afirman que: “sólo sobre la base de leyes fenoménicas científicamente válidas puede afirmarse legítimamente como probada la existencia de una relación de causalidad”²⁴, y concluyen que por ello, la condena por los Tribunales españoles de los comerciantes que distribuyeron aceite envenenado entre la población “creo...un grave vicio de indefensión en la decisión judicial, por la falta de motivación suficiente de la resolución, susceptible de ser atacada de amparo”²⁵. Con ello PAREDES CASTAÑÓN y RODRIGUEZ MONTAÑES se oponen a “la posición sostenida por cuantos se contentan con una causalidad general, ya que de esa manera se dan por probados hechos meramente plausibles”²⁶.

Uno de los pocos autores que apoya el tratamiento dado por el Tribunal Supremo Federal al problema de la causalidad en el caso “LEDERSPRAY” es Lothar KULHEN.

En efecto, el mentado autor sostiene que la principal objeción frente a lo sostenido por la jurisprudencia que entiende que un juez de lo penal no puede atribuirse respecto a cuestiones empíricas mayor competencia que los representantes de las correspondientes

²² Cfr. HASSEMER Winfried- MUÑOZ CONDE, Francisco “La responsabilidad Penal por el producto en derecho penal”, ob. cit., pág. 133.

²³ Cfr. HASSEMER Winfried- MUÑOZ CONDE, Francisco, La responsabilidad Penal por el producto en derecho penal ob. cit., pág. 144.

²⁴ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN José Manuel/RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, “El caso de la colza: Responsabilidad Penal por productos adulterados o defectuosos”, ob. cit., pág. 70.

²⁵ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, “El caso de la colza: Responsabilidad Penal por productos adulterados o defectuosos”, ob. cit., pág. 130.

disciplinas empíricas, desconoce que determinar cuales son los presupuestos mínimos, en base a los cuales una sucesión repetida de hechos análogos puede ser considerada como una ley causal, constituye una *cuestión normativa*. Cuestión que encontrará respuesta distinta en el proceso penal y en cada una de las disciplinas científicas, con lo que se otorga al juez la responsabilidad de responder al “tema de la causalidad” de forma distinta a como lo haría el científico experimental más competente²⁷.

En esa misma postura, en España GIMBERNAT ORDEIG sostiene que el tipo objetivo de los delitos de lesión exige únicamente que el autor haya causado el resultado típico, sin que sea necesario –porque la tipicidad no lo requiere- saber como lo ha causado. En el caso de que se encuentre en el domicilio del acusado de un hurto la cosa sustraída, y que aquél se reconozca como autor del delito, pero, por el motivo que sea, se niegue a esclarecer en el juicio oral si se apropió de lo ajeno en la calle, en un autobús o en medio de la aglomeración de unos grandes almacenes, con ello basta y sobra para que el Tribunal aplique el art. 234 CP, pues lo único que exige el tipo objetivo es el despojo de la cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, sin que sea necesario, para que se cumpla ese tipo objetivo, que se tenga que determinar, además, cómo se ha causado.

Para robustecer su idea, el mencionado autor señala que de seguirse la tesis que aquí se combate, hasta el siglo XVII no se habría podido condenar por asesinato a quien arrojaba desde una ventana una piedra de doce kilos para matar a su enemigo, consiguiendo su propósito al destrozarle el cráneo, ni tampoco por lesiones al autor despechado que desfiguraba el rostro de su antigua amante vertiendo desde el balcón el agua hirviendo contenida en una olla, pues con anterioridad a aquel momento histórico lo único que se conocía era la “ley general de la causalidad” de que si alguien soltaba un objeto éste se caía, pero porque se caía, esto es: cual era el mecanismo causal que hacía que ni la piedra ni el agua hirviendo se mantuvieran en el aire, en suspensión, ello es algo que, como ley científiconatural concreta, no se establece hasta que, en 1687, NEWTON descubre la ley de la gravitación; una buena noticia para la física, pero indiferente para el derecho penal, donde nunca se ha dudado –aunque no se supiera la razón de ello –que el causante de que a alguien

²⁶ Cfr. PAREDES CASTAÑON, José Manuel/RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, “El caso de la colza: Responsabilidad Penal por productos adulterados o defectuosos”, ob. cit., pág. 103. Nota al pie n° 181.

²⁷ Cfr. KUHLEN, Lothar, “*Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*”, trabajo publicado en la obra de MIR PUIG, Santiago- LUZON PEÑA, Diego “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto”, Ed. Bosch, Barcelona, año 1996, pág. 240.

le mataran hundiéndole la cabeza, era justamente el que le habían tirado la losa de doce kilos encima²⁸.

En una postura similar se enrola IÑIGO CORROZA, quien al respecto sostiene que: el derecho penal no es una ciencia exacta y que no puede actuar con verdades absolutas, sino que siempre actúa con indicios, los mas numerosos y objetivos posibles, eso sí, pero indicios al fin y al cabo. Me parece honesto por nuestra parte aclarar que el derecho penal actúa con probabilidades y lo importante es intentar que estas sean lo mas altas posibles hasta acercarnos, dentro de lo posible, a la verdad. Un conocimiento absoluto no se da ni tan siquiera en las consideradas verdades científicas. Algo que nos parece tan indiscutible como es la ley de la gravedad podría llegar a ser, quizás algún día, falseada. Con esto quiero expresar que parto pues, de que el Derecho Penal no se mueve en el campo de los conocimientos exactos, y de lo que se trata es que en determinados aspectos se llegue a la probabilidad más alta posible, a esa “probabilidad rayana en la seguridad”²⁹.

En estas opiniones se advierte la evolución de la doctrina en esta temática, en la cual surgen dos direcciones enfrentadas: Por un lado, quienes como KULHEN, apoyan las

²⁸ Ejemplificando su postura con el caso de la Colza, GIMBERNAT destaca que el síndrome tóxico, según se declara en los hechos probados de la sentencia, es “una enfermedad nueva, por cuanto combinaba síntomas, signos y hallazgos patológicos de manera extremadamente original...y...no se parece a las descritas científicamente con anterioridad”. Pues bien: en el tiempo, esa insólita enfermedad no se presenta ni en el siglo XVI, ni en el XIX, ni tampoco en 1930; y en el espacio, no afecta a los ciudadanos de Ohio, ni de Sidney ni de Roma: el síndrome tóxico aparece por primera vez en la historia de la medicina en un momento concreto: a principios de los años 80 del presente siglo, y en un lugar concreto: no en España de forma generalizada, sino sólo en aquellos lugares de nuestro país –Torrejón de Ardoz, Orense, etc. –donde precisamente se ha distribuido el producto, afectando únicamente a personas que lo han ingerido; y además y finalmente: esa enfermedad sin antecedentes clínicos vuelve a desaparecer de la faz de la tierra en el momento en que el aceite de colza se retira del mercado. A la vista de este cúmulo de evidencias –una enfermedad hasta entonces desconocida, que aparece fugazmente en la historia de la humanidad, afectando únicamente a las personas que en un momento (principios de 1980) y en unos lugares (algunos puntos de España) han ingerido un aceite de colza que, adulterado con el veneno de la anilina, se estaba distribuyendo por primera vez justamente en esos tiempos y en esos sitios, y que vuelve a desaparecer en el preciso instante en que el producto se retira del mercado-, la pregunta de si es aquel aceite el que ha causado el síndrome tóxico sólo puede tener una respuesta: verde y con asas. (Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del *spray* para el cuero y de la colza”, publicado en *El Derecho Penal Español de fin de siglo y El Derecho Penal latinoamericano. Estudios en Homenaje a Enrique BACIGALUPO*, Santa Fe de Bogota, 1999, págs. 328 y 329).

²⁹ Partiendo de esa base, a IÑIGO CORROZA le parecen acertadas las decisiones de los Tribunales alemanes en materia de causalidad, en el sentido de no exigir una absoluta seguridad científica (que por otra parte nunca existiría) en este tipo de supuestos. Sin embargo, hace una puntualización, y es que las pruebas periciales, que son las que en definitiva van a dar luz sobre la cuestión de la causalidad, deben ser serias, numerosas, variadas y hechas por reconocidos profesionales desde distintas posiciones científicas. Hay que pensar que del resultado de esta primera investigación dependerá que se comience un juicio de imputación penal contra una empresa o contra otra. De todos modos una vez que el Tribunal haya recibido todos esos informes, y los haya estudiado junto a los indicios y otras pruebas, debe llegar a sus propias conclusiones. Finalmente, la autora aprecia como importante poner de relieve que allí donde la ciencia (entendiéndola en el sentido de las ciencias positivas) duda, puede el tribunal llegar a soluciones, respetando lógicamente las reglas de la lógica y del conocimiento científico considerado seguro. Por eso entiende que el Tribunal penal está perfectamente cualificado para llevar adelante estas decisiones y determinar si existe o no “a efectos penales” causalidad (Cfr. IÑIGO CORROZA, María Elena

decisiones jurisprudenciales como una prueba de la modernización del derecho penal adaptando sus instrumentos tradicionales al cambio social. Y en tal sentido, consideran que la aplicación de una ley causal general no implica, pues, un pleno conocimiento y explicación científico natural, lo que equivale a decir que la afirmación de que existe una relación de causalidad no exige el pleno conocimiento y explicación científicos de la ley causal general de la que es manifestación externa; y por el otro, quienes como PUPPE están en contra de la venta de elementos innegociables del derecho penal tradicional característicos de un estado de derecho, debido a las inseguridad jurídica y a las injustas consecuencias que ello puede producir, considerando que sólo sobre la base de leyes fenomenológicas causales científicamente válidas puede tenerse legítimamente por acreditada la relación de causalidad en el ámbito penal.

VI) La prueba de la causalidad y el principio “in dubio pro reo”.-

Con respecto a la prueba de la causalidad en el proceso penal, en referencia a la responsabilidad penal por productos defectuosos, tanto la jurisprudencia como la opinión de la doctrina que la sigue, deducen del carácter fáctico de las leyes causales que su constatación en el proceso judicial está sometida a la libre apreciación de la prueba por parte del tribunal. De tal forma que el principio “in dubio pro reo” es entendido como que sólo las dudas del mismo juez sobre la prueba de la causalidad deben beneficiar al acusado.

Contrariamente a ello, en la ciencia penal alemana la doctrina dominante sólo admite la aplicación de una ley causal para la constatación de la causalidad de una acción del autor respecto a un resultado, cuando esta ley causal se reconoce generalmente como probada en la ciencia empírica a la que pertenece, y en caso de duda con respecto a dicho extremo debe aplicarse el principio del “in dubio pro reo”. De tal manera, se impide al tribunal la decisión sobre la aplicabilidad de la ley causal mediante la libre valoración de la prueba.

A partir de allí, puede apreciarse que el eje de la discusión reside en determinar si la causalidad constituye un problema normativo –con lo cual las dificultades probatorias que enfrenta deben resolverse fuera del ámbito procesal-, o si por el contrario, constituye una cuestión de carácter fáctico, y en consecuencia, es solamente un caso mas del convencimiento del juez.

“El caso del HOLZSCHUTZMITTEL (producto protector de la madera)”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 8-C, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1999, pág. 1000.

KAUFMANN en su postura sobre lo resuelto en el caso “CONTERGAN”³⁰, lo ha fundamentado sosteniendo que la causalidad, como elemento del tipo, es un elemento en blanco que ha de rellenarse mediante una ley causal generalmente reconocida. Esta construcción conduce a conceder a las ciencias empíricas la competencia para rellenar estos elementos en blanco y, en definitiva, para determinar el tipo de la ley penal. Las leyes causales generalmente reconocidas por las ciencias empíricas llegan a considerarse, de este modo, como una especie de proposiciones jurídicas. El juez no puede ponerse en lugar de los expertos y reconocer con la ayuda de los oscuros dictámenes, las impresionantes imágenes y los enloquecedores diagramas de estos expertos en desacuerdo entre sí, una ley natural.

Concretamente, para este autor, al juez no le es posible suplantar el conocimiento científico general objetivo con su certeza subjetiva³¹.

En consonancia con ello, KAUFMANN también se muestra crítico acerca de las estadísticas, que no proporcionan leyes causales; tampoco una correlación probabilística “significativa” permite concluir sobre la existencia de una ley causal, puesto que la dependencia de dos factores deducidos de una evaluación metódicamente inobjetable no debe equipararse de ningún modo a una dependencia causal. De tal forma, concluye KAUFMANN, las leyes causales se podrán aplicar únicamente si están aseguradas en el aspecto científico, es decir si han sido aceptadas en general dentro del grupo profesional competente. *La ley natural atemporal se sustrae a la convicción del juez*³².

En este mismo orden de ideas, PUPPE afirma que las leyes causales generalmente reconocidas por las ciencias empíricas llegan a considerarse, de este modo, como una especie de proposiciones jurídicas. En el derecho procesal, proposiciones empíricas generales son, en efecto, tratadas, de algún modo, como proposiciones jurídicas. Sobre todo, en la constatación de los hechos, la errónea aplicación, o el desconocimiento de reglas de experiencia

³⁰ Cfr. KAUFMANN, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación”, Revista Nuevo Pensamiento Penal, Ed. ASTREA, Bs. As., Enero-Marzo 1973, Pág. 22 y ss..

³¹ Para llegar a esta afirmación, KAUFMANN parte de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo Alemán con fecha 18/03/1954. En el caso se discutió la declaración falsa de una madre que había atribuido la paternidad de su hijo a una ex pareja suya. La falsedad resultó acreditada por medio de la realización de una prueba relacionada con los grupos sanguíneos, basada en los principios de la experiencia generalmente aceptados en aquél momento (el menor presentaba un elemento sanguíneo del tipo N, y el presunto padre M; los conocimientos científicos descartaban hasta ese momento que un padre con el factor M pudiera engendrar un hijo con el factor N). La sentencia en cuestión concluyó que el principio de libre valoración de la prueba normado en el art. 261, OPP, no significa que el juez carece de vinculación alguna para acreditar los hechos; por el contrario, debe observar las leyes del pensamiento y de la experiencia. Estas leyes son normas de derecho no escritas y su inobservancia es una infracción a la ley en el sentido del art. 337, OPP, y pueden fundamentar un recurso de casación (BGH St 6,71 y 72). (Cfr. KAUFMANN, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación”, ob. cit. págs. 22 a 24).

reconocidas generalmente, puede ser atacada en casación en la misma medida que una proposición jurídica.

En este orden de ideas, entiende la citada autora que la jurisprudencia y la opinión contraria actúan precipitadamente cuando deducen del carácter fáctico de las leyes causales que su constatación en el proceso judicial esta sometida a la libre apreciación de la prueba por parte del tribunal. Si ello fuera así, la errónea aplicación, o la no aplicación, de una ley causal, generalmente reconocida no podría corregirse en casación, porque la libre valoración de la prueba no puede revisarse por el tribunal de casación.

En el fondo, la razón de esta posición especial de las proposiciones empíricas generales radica en que, en sentido estricto, no pueden ser probadas en modo alguno ante el tribunal. Cuando un perito informa al tribunal sobre una regla de la experiencia general de su especialidad, esta regla no resulta, así, válidamente probada. El perito no lo afirma porque él mismo haya comprobado su certeza a través de su propia observación o a través de experimentos; y el juez no lo considera como válido porque el perito así lo afirme o porque lo tenga por un espectador fiable. Tanto el perito como el juez se fían, más bien, de las argumentaciones probatorias que han sido elaboradas por otros científicos. Con todo, es evidente que deja de aplicarse el principio de inmediatez que rige en el derecho probatorio. Y es que un procedimiento probatorio ante el tribunal no es, en absoluto, apropiado para probar enunciados empíricos generales.

Sin embargo, advierte PUPPE, que no esta regulado procesalmente bajo que condiciones puede un tribunal aceptar una proposición empírica general que en las ciencias empíricas no esté fuera de discusión.

Y en tal sentido, destaca la citada autora mostrando una postura un poco menos exigente que la de KAUFMANN, que si la ciencia penal alemana exigiera, en la línea de este autor, que toda ley causal aplicada en el proceso penal para la constatación de la causalidad debiera ser probada de acuerdo con los estándares de validez general en las ciencias empíricas, pasaría por alto el hecho de que semejantes estándares de validez general apenas existen en las ciencias empíricas, por lo que no advierte razón para que sólo se admitan en el proceso penal leyes causales que estén fuera de discusión, y sino deba aplicarse el principio “in dubio pro reo”, tal como lo exige la doctrina dominante en Alemania.

En fin, concluye su tesitura la citada autora afirmando que un tribunal penal debe tener la posibilidad de aplicar una proposición general todavía controvertida en la ciencia

³² Cfr. KAUFMANN, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación”, ob. cit., pág. 30.

empírica pero bien confirmada y reconocida por un sector relevante de esa ciencia, pero induciría a error designar a ello como resultado de la libre valoración de la prueba³³.

Por su parte, en España PAREDES CASTAÑÓN y RODRIGUEZ MONTAÑES, sostienen que para la afirmación de la existencia de una relación de causalidad no basta con la constatación de una sucesión temporal de fenómenos, por el contrario, la explicación causal propuesta debe estar fundamentada en una ley fenoménica que sea válida conforme a los criterios epistemológicos habitualmente admitidos. No obstante, y en virtud de las peculiaridades del proceso penal, que exigen que la decisión judicial se base en datos fácticos especialmente firmes, parece necesario añadir a dicha fundamentación en leyes fenoménicas la exclusión de otras posibles explicaciones causales alternativas. Dicha exclusión se logrará por dos vías: bien determinando cada uno de los pasos de la cadena causal, o bien, cuando ello no sea posible, reproduciendo experimentalmente los fenómenos, de forma que se pueda llegar a dicha exclusión. Cuando ninguna de estas dos vías sea factible, o cuando no exista –ni pueda obtenerse– un conocimiento causal suficiente para formular una explicación causal, habrá que reconocer que el juzgador se halla ante un *dubium* insoluble (por más que el científico pudiera tal vez arriesgar una hipótesis sin confirmar)³⁴.

Finalmente, y en esa misma línea argumental, los mencionados autores españoles destacan que para afirmar la existencia de una “relación de causalidad” no basta con la determinación de una conexión meramente probabilística entre resultado y sus factores presuntamente causantes. Solamente si es posible, ahondando en la investigación, conectar de un modo determinista –y claro esta, causal– ambos grupos de elementos podrá hablarse, en Derecho Penal, de una “relación de causalidad” suficientemente probada: en otro caso, habrá de prevalecer la vigencia del *in dubio pro reo*³⁵.

VII) Toma de posición.-

Conforme lo que se ha venido exponiendo, es claro que la falta de suficientes conocimientos acerca del acontecer causal en el ámbito de actividad correspondiente al consumo humano de productos industriales es una de las cuestiones más problemáticas de la responsabilidad penal por el producto.

³³ Cfr. PUPPE, Ingeborg, “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto” ob. cit., págs. 226-228.

³⁴ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, “El caso de la colza: Responsabilidad Penal por productos adulterados o defectuosos”, ob. cit., pág. 129.

³⁵ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, “El caso de la colza: Responsabilidad Penal por productos adulterados o defectuosos”, ob. cit., pág. 129.

Se trata de un asunto polémico principalmente por el hecho de que en él se enfrentan diversos intereses político-jurídicos, todos ellos dignos de ser considerados, pero que sin embargo, se hallan confrontados entre sí.

En efecto, en estos casos, nos hallamos frente a la existencia de una serie de necesidades preventivas que orientan hacia el castigo de conductas que presuntamente han sido lesivas para bienes jurídicos penalmente protegidos; pero sucede que, sin embargo, ello entra en colisión con las exigencias formales y materiales implicadas en algunas garantías constitucionales que enmarcan el proceso penal (defensa en juicio, presunción de inocencia, e *in dubio pro reo*).

Y en esa dirección, es menester resaltar que si bien es cierto, que en casos de producción y distribución de productos defectuosos como los precedentemente estudiados, se han producido indiscutiblemente unos resultados disvaliosos, y que además, ellos pueden estar conectados causalmente con actividades ilícitas –que por ello merecen ser castigadas-, no lo es menos, que tal cosa debe quedar acreditada en el correspondiente proceso y motivada en la sentencia conforme a los conocimientos causales empíricamente aceptados. Prueba y motivación que en caso de faltar conocimientos suficientes de esta índole se hace difícil, sino imposible.

Sin embargo, y tal como se ha visto, la jurisprudencia, admite la competencia del tribunal para formular leyes causales fenoménicas, siquiera fuese a los exclusivos efectos del proceso penal, y a través de la libre valoración de la prueba.

Por mi parte, y contrariamente a ello, considero que el órgano jurisdiccional penal debe limitarse, en materia de causalidad, a aplicar al caso concreto, los conocimientos causales que hubieran sido aceptados con carácter general dentro de la comunidad científica, no pudiendo de ningún modo, estar legitimado para intentar crear conocimiento de esta índole, o incluso juzgar acerca de la validez del existente.

De ahí que a falta de una ley causal reconocida generalmente como probada en la ciencia empírica a la que pertenece, y que demuestre en el proceso penal de manera objetiva – con un fundamento empírico- la existencia de una relación de causalidad entre el producto y el daño causado, la misma no puede ser sustituida por el sólo convencimiento subjetivo del juez a través de la libre valoración de la prueba –ni siquiera sobre la base de regularidades estadísticas-, como lo entendió la jurisprudencia. Ello menoscaba principios fundamentales que deben regir en el derecho penal de un estado de derecho.

En efecto, disminuye las posibilidades de defensa del imputado dado que siendo el convencimiento judicial un hecho interno difícilmente constatable, y contra el que, por eso

mismo, difícilmente se pueda argumentar con criterios objetivos de valoración, se imposibilita al imputado su control o revisión, en cuanto a su posible arbitrariedad por ante Tribunales de jerarquía superior.

Por otra parte, y toda vez que la ley causal constituye un hecho principal como elemento del tipo objetivo, cuando en un proceso ese hecho permanece indeterminado en cuanto a su contenido, el autor no podrá defenderse de lo que se le imputa de manera adecuada. Una imputación que no esté formulada por completo resulta especialmente difícil de refutar.

Asimismo, se infringe de forma patente el principio “in dubio pro reo” que debe regir en todo estado de derecho como derivación del Principio constitucional de inocencia, debido a que se posibilita que el magistrado dicte una condena sin la certeza objetiva absoluta, –basada en elementos de las ciencias empíricas-, de la culpabilidad del autor en cuanto a la causación del resultado dañoso.

De tal modo, se deja abierta también la posibilidad de que se invierta la carga de la prueba en perjuicio del imputado conculcándose el principio de inocencia, al tener que demostrar este, a efectos de ser absuelto, la existencia de otro curso causal más plausible que haya producido los daños.

Finalmente, el hecho de no requerirse que se acredite con certeza, -mediante leyes empíricas o naturales objetivas-, la causalidad de algún componente del producto defectuoso respecto del resultado dañoso, comporta una reducción de la entidad de los requisitos necesarios para la punición por delito consumado en los delitos de resultado. Se admite, de ese modo, de manera indirecta, una ilegítima conversión de los delitos de lesión, -como las lesiones u homicidios-, en delitos de peligro, -ya que para su punición bastara con el supuesto incremento del riesgo que una conducta puede provocar para la salud o vida de los consumidores según datos estadísticos, sin exigirse una prueba objetiva que demuestre con certeza la causalidad de esa conducta respecto de ese resultado.

En fin, la única solución plausible que se me ocurre, siempre respetando las garantías individuales que deben imperar en un estado de derecho, -especialmente el principio de proporcionalidad-, para que no queden impunes los casos de responsabilidad penal por el producto –y de ese modo satisfacer las necesidades de política preventiva-, cuando no se pueda constatar a través de leyes empíricas objetivas la relación de causalidad entre el producto y el daño, sino que simplemente pueda verificarse ello a partir de una conexión meramente estadística, sería la introducción de un tipo penal de resultado lesivo de nuevo cuño que admita imputar el resultado lesivo sobre la base de esa conexión meramente

estadística (de probabilidad), estableciendo como sanción una pena menor a la que correspondería al delito de resultado lesivo original –apoyado en la existencia real y constatada de una relación de causalidad que implica un mayor desvalor de resultado-.

D. La responsabilidad penal desde el punto de vista referido a la organización.

D) La postura en la jurisprudencia referida a la responsabilidad penal por el producto.

Modelo de imputación top-down.-

Toda vez que la empresa misma, al momento en que se dieron los casos de responsabilidad penal por el producto que hemos citado precedentemente, en tanto que ente ideal, no podía ser responsabilizada penalmente³⁶, resultaba necesario desarrollar reglas de imputación, que permitieran responsabilizar a todo aquel que, de acuerdo a su esfera de competencia o posición ocupada dentro de la organización empresarial, debía asegurar el cumplimiento de las normas de conducta (estándares de cuidado) que permitieran reducir los riesgos derivados de la comercialización de los productos.

En la sentencia del “LEDERSPRAY”³⁷, se puede advertir claramente la solución dada por la jurisprudencia a esta cuestión.

En efecto, de dicha sentencia surge que los presupuestos de la responsabilidad penal en el ámbito de la organización empresarial quedan conformados en orden a la delimitación de dos momentos.

En primer lugar, se determina como debe ser juzgado el comportamiento de la organización empresarial, en consecuencia, si estamos frente a una acción o una omisión de esta, si esa conducta ha sido (quasi) causal de daños en el cuerpo o en la salud de terceros, y si ha resultado contraria al deber de garante con respecto al cumplimiento de las normas de calidad. En segundo lugar, si el resultado puede ser atribuido a la conducta de la empresa, entonces ello será imputado a un miembro individual de la organización, en la medida que sea compatible con la esfera de competencia o posición que ocupa dentro de la misma y su estructura de responsabilidades³⁸.

³⁶ Debemos dejar aclarado, sin embargo, que al menos en España recientemente se ha introducido en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su artículo 31 bis, mediante la reforma operada por la ley orgánica 5/2010.

³⁷ BGH St 37, 106.

³⁸ Cfr. KULHEN, Lothar, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, ob. cit., pág. 236. Asimismo, este criterio de imputación penal en el ámbito de empresa que emerge de la jurisprudencia, es explicado con suma agudeza por FEIJOO SANCHEZ, quien destaca que cuando nos enfrentamos a la criminalidad de empresa, la imputación objetiva a los integrantes de la empresa pasa por la imputación objetiva del hecho a la organización empresarial. Por ejemplo, en un delito de lesiones imprudentes, es la empresa la que tiene que haber creado un riesgo no permitido que se ha concretado en lesiones a la salud de los consumidores o de un trabajador. A partir de esta idea, el criterio normativo clave para imputar el hecho a un integrante de la organización ya no es la de dominio, ni siquiera de dominio social con respecto al bien jurídico. Se trata de un criterio insuficientemente normativo en la medida en la que el dominio puede ser puramente casual o, incluso, en

Entrando en un análisis mas pormenorizado del caso, se puede observar que el BGH resuelve responsabilizar penalmente a los procesados, miembros de la sociedad que comercializaba los spray, por la conducta de la organización que habría ocasionado las lesiones a los consumidores en parte a través del hacer activo y en parte por omisión.

En efecto, se trataba de un delito de lesiones peligrosas a la salud ocasionadas por no haberse retirado los sprays para pieles defectuosos del mercado. Según los hechos probados, desde el otoño de 1980 se habían detectado daños a la salud en algunos casos en los que se había utilizado el mentado producto, siendo el fabricante puesto en conocimiento de ello. En consecuencia, de manera urgente, se celebró una reunión del Consejo directivo de la empresa a efectos de tratar la retirada del producto del mercado, en la misma se decidió por unanimidad no retirar el mismo y continuar con la venta del spray, en tanto no quedarán claras las causas de las lesiones.

Ante estos hechos, el BGH realizó la siguiente distinción. En referencia a las lesiones que el producto produjo en la salud tras el empleo de los sprays distribuidos antes de la reunión la Sala responsabilizó a los directivos por omisión de retirar el producto puesto en circulación. En tanto que, en orden a las lesiones causadas por los sprays puestos en circulación luego de la reunión se responsabilizó a los directivos por un hacer activo, precisamente la distribución de los mismos.

Pero esta diferenciación no se puede explicar atendiendo sólo a la conducta individual de cada directivo. El tribunal no ha considerado si los procesados, bien en la reunión o bien durante la distribución del producto, tomaron parte activa o no, si por ejemplo hicieron uso de la palabra, dieron instrucciones, etc.

Lo que se tomó en cuenta fue el propio comportamiento de la empresa, como acción u omisión. Ello se determinó de la misma forma que si se tratará de una persona física.

En concreto el razonamiento del BGH, fue el siguiente: La empresa ha omitido retirar los productos del mercado ya distribuidos, pero además ha procedido activamente al continuar comercializando el producto, y en la medida que los directivos son responsables,

supuestos de omisión simple, puede haber un fuerte dominio de la situación de desamparo sin que ello legitime la imputación del hecho. El criterio decisivo es el de la competencia dentro de la organización (que es la que fácticamente tiene un dominio global sobre el hecho). Finalmente el mencionado autor señala que ciertos criterios normativos desarrollados desde la teoría de la imputación objetiva tienen especial relevancia en este ámbito: la delimitación objetiva de ámbitos de organización que hace que ni siquiera dentro de una organización empresarial todo sea cosa de todos, el principio de confianza, etc. Se trata de criterios igualmente válidos para supuestos activos u omisivos, dolosos o imprudentes. (Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, "Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial", en Revista Indret, 2, Barcelona, Mayo 2009, págs. 38 y 39).

por su propia esfera de competencia dentro de la organización, de las decisiones de la misma, éstas se les imputarán penalmente como personas físicas y “como su propia actuación”³⁹.

Sus obligaciones derivan de “su posición como gerentes de la empresa”⁴⁰. Los deberes del fabricante se imputan a los miembros de la gerencia a quienes internamente compete su cumplimiento. Ciertamente los mismos tenían distintos ámbitos de actividad, lo que en principio repercute en los deberes que se le atribuyen a cada uno.

Sin embargo, el Tribunal entendió que en *situaciones de crisis o excepcionales*, como la que se planteó en el caso, en donde se ve afectada la empresa como un todo, cada uno de los gerentes era responsable de que la sociedad cumpliera sus deberes⁴¹. Y tal situación se produce cuando debido a las frecuentes reclamaciones por daños hay que decidir que medidas han de tomarse y, especialmente, si debe producirse la retirada del producto⁴².

A partir de estos postulados, y de este cambio de paradigma, la imputación se extiende sin más a la calidad de autor de los directivos a pesar de que no hayan comercializado directamente el producto, ni estén obligados a retirarlos con sus propias manos.

Se trata de un sistema de responsabilidad top-down que parte inicialmente de la responsabilidad del superior o superiores sobre la base de que en numerosas ocasiones los sujetos que se encuentran en los escalones más abajo de la organización, aunque realizan materialmente la conducta típica, no son responsables criminalmente.

En este sentido, KULHEN destaca que dicho análisis desliga al derecho penal de la fijación tradicional “en el sujeto” más inmediato o próximo al hecho en un sentido naturalístico, que, en organizaciones complejas, viene a ser un órgano encargado de la ejecución con poco poder de competencia y de decisión, como el trabajador que contribuye a

³⁹ BGH St 37, 106 (114).

⁴⁰ BGH St 37, 106 (114).

⁴¹ BGH St 37, 106 (124)

⁴² En opinión del BGH, para una retirada del producto era necesaria una decisión conjunta –o al menos mayoritaria– de la dirección de la sociedad, porque la medida a tomar, la retirada, trascendía a los departamentos y afectaba a toda la empresa. Cada uno de los gerentes, en consecuencia, estaba obligado tan sólo a realizar todos los esfuerzos precisos para que se tomara la decisión de retirada, y esto lo habían omitido todos ellos.

A partir de allí, al BGH se le planteó la cuestión de la causalidad hipotética de la omisión de cada uno de los gerentes. Puesto que no podía excluirse que los esfuerzos de cada uno a favor de la decisión de retirada hubiesen podido fracasar ante el rechazo de los otros.

La sentencia intenta solucionar el problema del siguiente modo: la decisión de no retirada de los productos tomada por los gerentes en la junta extraordinaria, supone la coautoría de una omisión por todos los gerentes, de modo que cada coautor también se responsabiliza de la omisión de los otros.

Asimismo, y en la medida que sólo se la consideró una omisión imprudente el BGH propone que al igual que en el delito comisivo, también se afirma la causalidad cuando quien tiene la carga de actuar sólo produce el resultado en colaboración con las acciones de otros –por tanto sólo es condición necesaria pero no suficiente– del mismo modo que cualquiera de las omisiones será causal, si el omitente sólo hubiera podido evitar el resultado conjuntamente con otros.

la fabricación del producto en la cadena de montaje, o el conductor que lo pone en manos del comerciante. Frente a ello, el examen de arriba a abajo (top-down- Betrachtung) que implica el punto de vista referido a la organización, centra su atención en las personas que dentro de la misma son responsables de la toma de decisión. Permite que se haga responder a todo aquél que por razón de su posición en la empresa, sea competente y esté en situación de garantizar la observancia por parte de la misma del cuidado exigido. El punto de vista ajustado a la organización expresa claramente lo que realmente importa. Se trata de ver si ciertas personas pueden ser objeto de reproche por su comportamiento en el marco del papel que desempeñan en la empresa. La posición de cada uno en la organización fundamenta, es decir, constituye y limita, un ámbito de competencia y responsabilidad personal que la consideración jurídico-penal no puede pasar por alto. Precisamente, eso es lo que importa al punto de vista referido a la organización. El hecho de que la responsabilidad penal no acabe en los órganos de ejecución, muestra simplemente que se tiene en cuenta, de manera adecuada la realidad social.⁴³

Entre las razones que se han argumentado para sustentar este modelo de imputación top-down resultan ser por una parte que político-criminalmente se debe castigar y perseguir a los verdaderos responsables del hecho punible, es decir, a quienes trazan el plan delictivo común para la comisión de un hecho delictivo, y por la otra, la falta de efectividad preventiva de las normas penales cuando se castiga penalmente al ejecutor inmediato del hecho, situado en el escalón más bajo de la jerarquía⁴⁴.

Relacionado con ello, apuntan con razón HASSEMER y MUÑOZ CONDE, que la regulación de la participación tal y como hasta ahora la entendemos, ha sufrido una ampliación y en el tema que nos ocupa, una modificación: En lugar de buscar de entrada la responsabilidad primaria del autor más próximo al hecho, en cuyo ámbito de trabajo y organización la localización de la responsabilidad es inmediata (porque justo en ese ámbito aparece y se materializa como causa próxima el resultado), el Tribunal Supremo alemán ha

⁴³ Cfr. KUHLEN, Lothar, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, ob. cit., pág. 238.

⁴⁴ Cfr. SCHUNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresas”, ADPCP, 1988, pág. 531. Allí el autor nos ofrece las siguientes razones, la primera de ellas atiende a que debido a la división del trabajo y la insuficiente información que poseen del funcionamiento global de la empresa el ejecutor material del hecho no se percata del alcance de las consecuencias derivadas de su acción; la segunda razón obedece a la poca resistencia que pueden poner los sujetos subordinados frente a una “actitud criminal del grupo”; la tercera razón estriba en la circunstancia de que los miembros situados en los escalones más bajos son eminentemente fungibles, lo que provoca que la motivación de la norma penal solo pueda tener una efectividad limitada.

desplazado el punto de mira hacía los niveles más altos de la decisión e incluso hacía la cúspide de la dirección de la empresa⁴⁵.

Anticipando mi opinión, creo que no se puede discutir que este modelo de imputación “top-down”, constituya un principio de prevención general eficaz, sin embargo dudo que ello resulte, en todos los casos, compatible con un reproche penal justo a los niveles superiores de la empresa, adecuado al principio de culpabilidad que debe regir en un estado de derecho.

Es que dicho modelo de imputación que emerge de la jurisprudencia, pasa por alto el hecho de que cuanto mas grande y compleja es la empresa, mas generales pasan a ser los deberes de los directivos. No resulta ocioso destacar que el creciente proceso de descentralización y delegación de funciones y deberes desde el vértice superior a los elementos intermedios en las empresas, tiene como consecuencia que estas no se correspondan ya exactamente con la idea de pirámide estrictamente jerarquizada en la que el vértice superior sigue controlándolo todo.

Así, cuanto más extensa y compleja se vuelve la empresa, con una marcada estructura de división del trabajo, menor es el control que los sujetos situados en el vértice superior –directivos-, ejercitan sobre las acciones que realizan hacía afuera los niveles inferiores. Por ello, cabe objetarle a la jurisprudencia una excesiva objetivación de la responsabilidad penal con referencia a los niveles superiores de la organización.

II) La atribución de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa. Problema relacionado con la tradicional imputación individualizada de la dogmática penal.-

Ahora bien, y más allá de las objeciones realizadas, lo cierto es que los postulados que emergen de la jurisprudencia analizada en el punto anterior encuentran su razón de ser en el hecho del progresivo surgimiento de una realidad social vinculada a determinadas realidades organizativas que ya no resulta fácil afrontar dogmáticamente con el instrumental clásico pensado para el autor individual que causa daños intencionalmente.

En efecto, en el marco delictivo de la moderna organización empresarial ya no encontramos un autor que tome la decisión de realizar un hecho típico con conocimiento del alcance de su decisión y que ejecute dicha decisión. Todo lo contrario. Dentro de las grandes empresas que resultan potencialmente peligrosas para bienes jurídicos se presenta una atomización o fragmentación de movimientos corporales, decisiones sobre políticas generales, conocimientos sobre riesgos y recopilación de información por parte de las empresas sobre

⁴⁵ Cfr. HASSEMER Winfried- MUÑOZ CONDE, Francisco, “La responsabilidad por el producto en derecho penal”, ob. cit, pág. 174.

sus efectos en el entorno de tal manera que a partir de cierto grado de complejidad ya no resulta factible hallar una persona en la que coincidan creación del riesgo o participación en el mismo con representación sobre dicho riesgo ni nadie que disponga de una información global sobre la actividad empresarial.

Los directivos y administradores tienen una visión demasiado global, en tanto que los que perciben directamente los efectos de la actividad empresarial carecen de una visión de conjunto necesaria para entender la peligrosidad que encierran determinadas actividades industriales o empresariales.

En las grandes empresas no confluyen en la misma persona información y conocimientos técnicos, capacidad para tomar decisiones y ejecución de dichas decisiones. Existe una desmembración entre actividad de dirección, facultad de información y poder de decisión que implica un problema central para la constatación de responsabilidad.

Un suceso que puede tener relevancia típica como una lesión sufrida por un trabajador en una mano por el uso de una máquina, unos problemas pulmonares padecidos por una serie de consumidores de un mismo producto o un río contaminado por el vertido de residuos radioactivos termina siendo consecuencia de una pluralidad de acciones realizadas por distintos sujetos sin que cada una de ellas por sí sola permita fundamentar la responsabilidad por el hecho.

Por otra parte, suele suceder que mientras las decisiones se toman en niveles jerárquicos superiores de la empresa vertiéndose en instrucciones –progresivamente mediatizadas- hacia los escalones inferiores, la información acerca de los efectos causados por la actividad de la empresa debe circular –también mediatizadamente-, en sentido contrario “desde abajo hacia arriba”. Más aún, a raíz de la descentralización de las grandes empresas modernas, y de la diferenciación funcional debido a su complejidad, en muchos casos, ni siquiera resulta posible hablar de una concentración de la información en algún escalón determinado de la empresa.

Partiendo de esta nueva realidad que vengo describiendo, la tradicional imputación individualizada que ha venido protagonizando la imputación jurídico penal encuentra severas dificultades frente a lesiones de bienes jurídicos provenientes de organizaciones empresariales modernas que se caracterizan, entre otras cosas, por algunas peculiaridades en el modo de realización delictiva, tales como la división funcional del trabajo (plano horizontal) y la jerárquica (plano vertical). Se entiende que los directivos dan órdenes a los mandos

intermedios, y estos a su vez, a otros empleados, hasta que finalmente alguien ejecuta un hecho delictivo⁴⁶.

De ahí que no sea posible aplicar en el caso de delitos cometidos en el ámbito de la empresa los criterios de imputación de responsabilidad penal generalmente admitidos, y la razón de ser de ello, radicaría en la necesidad de hacer responsables a quienes ejercen funciones directivas –que frecuentemente toman la decisión criminal-, aún cuando no intervengan directamente en la ejecución de los delitos que llevan a cabo otros⁴⁷.

Del mismo modo, la distribución de competencias y roles dentro de tales organizaciones empresariales suscita serios problemas al momento de imputar el hecho ilícito a una persona concreta.

Respecto de la *responsabilidad penal del subordinado* que ejecuta el hecho con conocimiento de su ilicitud cumpliendo una orden de un superior jerárquico, la doctrina aparece dividida. Una parte defiende su impunidad, bien por entender, que, en último término no le es exigible otro comportamiento⁴⁸, o porque en definitiva la acción transcurre al margen de su esfera de competencia. Otro sector entiende sin embargo, que el ejecutor material es el autor del delito, y por último un grupo de autores, defiende la tesis de los ejecutores materiales como coautores junto a los superiores en la organización de la empresa⁴⁹.

Por su parte, el supuesto de los *mandos intermedios*, que simplemente transmiten la orden emitida por los directivos a los subordinados, es considerado por algunos autores como un supuesto de autoría (autores, coautores, autores mediatos), y por otros como un supuesto

⁴⁶ En tal sentido MUÑOZ CONDE advierte con acierto, que en los sectores del "moderno" Derecho penal hay una tendencia a cambiar el método tradicional de imputación dirigiendo la persecución penal en lugar de a la persona que ha provocado la causa más próxima al daño, a investigar las infracciones de los deberes de vigilancia, selección, control y organización que tienen otras personas. Para ello se emplea el método de las estructuras complejas de cooperación del Derecho societario, cuyas metas son distintas a las del Derecho penal. En el Derecho de Sociedades lo que interesa son las competencias abstractas, independientes del hecho; en el Derecho penal hay que aplicar, en cambio, criterios referidos al hecho y a la situación de acción. Con ello existe el peligro de imputar una responsabilidad sin diferenciar entre autoría, inducción y complicidad, lo que conducirá en la praxis a una ampliación de la punibilidad difícilmente compatible con las garantías del Estado de Derecho y con el principio de intervención mínima y ultima ratio del Derecho penal. (MUÑOZ CONDE, Francisco, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?", en AA. VV. *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001, pp. 501-531).

⁴⁷ Como ejemplo de ello, en el caso del LEDERSPRAY se puede apreciar que luego de la reunión del consejo directivo de la empresa a efectos de tratar la retirada del producto del mercado, en la misma se decidió por unanimidad no retirar el mismo y continuar con la venta del spray –a pesar de su peligrosidad-, en tanto no quedarán claras las causas de las lesiones. No obstante ello, los actos materiales de venta del producto los llevan a cabo quienes realizan la actividad de dicha empresa.

⁴⁸ Esta cuestión ha sido destacada especialmente por Klaus TIEDEMANN en "La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal Europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo", en Revista de Derecho Penal N° 5, Enero de 2000, pág. 91.

⁴⁹ Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Responsabilidad penal por omisión del empresario", Ed. Iustel, Madrid, 2009, pág. 32.

de participación (en calidad de cooperador necesario, cómplice, o inductor), según los supuestos. En principio cumplen una “función de catalizador entre las decisiones y la ejecución de las mismas”, por lo que podría pensarse que no debería alcanzarles responsabilidad penal alguna porque “las decisiones vienen de arriba y quienes las ejecutan son los de abajo”⁵⁰.

Sin embargo, y tal como sostiene FEIJOO SANCHEZ, no hay que perder de vista que en el caso de grandes empresas estos mandos intermedios pueden tener a su cargo una sección de la empresa que equivalga a una empresa mediana, con gran autonomía y capacidad de decisión⁵¹. Paralelamente según los estudios de sociología de la organización, los órganos superiores no tomarían en estos casos decisiones sobre hechos concretos, sino que se limitarían a comprobar y supervisar la actividad de los cargos intermedios, así como a adoptar las políticas generales de la empresa y a tareas de coordinación. En consecuencia, señala con acierto ese autor, “no siempre es adecuado resolver los conflictos penales proyectando la responsabilidad hacia el vértice superior de la pirámide”⁵².

Más allá de todo ello, cabe analizar a continuación el supuesto más problemático alrededor del cual gira la discusión principal, y que resulta ser el de determinar la responsabilidad penal del directivo, toda vez que si bien éste no realiza actos de ejecución, sin embargo, como se ha visto, la jurisprudencia y la doctrina, no se contentan con modelos de responsabilidad o de imputación *bottom up*⁵³, sino que mas bien, al contrario, existe una tendencia creciente a volcarse por los modelos *top down*⁵⁴, de acuerdo a una extendida

⁵⁰ Cfr. GARCIA CAVERO, Percy, “La imputación jurídico-penal de los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa”, en *CIIDPE* 1, año 2008, pág. 24. (www.ciidpe.com.ar).

⁵¹ Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva”, Ed. Reus, Zaragoza, 2007, pág. 160.

⁵² Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva”, ob. cit., pág. 160. En el mismo sentido ya, GALLEGO SOLER sostiene que la solución en la delincuencia empresarial no pasa por encontrar a *un responsable* penal que coincida con la cúspide empresarial, sino que nuestro sistema de garantías nos obliga a sancionar al *responsable*, a quien realmente haya cometido un delito, a quien tenga competencias y dominio funcional para la realización o evitación del resultado lesivo, teniendo especiales deberes de actuación cuando el tipo lo requiera. (Cfr. GALLEGO SOLER, José Ignacio, “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”, en *Derecho Penal Económico. Estudios de Derecho Judicial*, 72, año 2005, pág. 56.). De ahí que quienes coinciden con esa postura, han señalado que lo decisivo no es quién ejecuta “de propia mano” las acciones (modelo de imputación *bottom up*), ni tampoco quien tiene un mayor rango jerárquico dentro de la estructura empresarial (modelo de imputación *top down*), sino que lo relevante es atenerse a la asignación material de competencias (vid. por todos, GARCIA CAVERO, Percy, “Derecho Penal Económico. Parte General”, Tomo I, 2ª Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, año 2007, pág. 207 y ss.).

⁵³ La determinación de responsabilidad *Bottom-up*, parte del sujeto que ejecuta inmediatamente el hecho delictivo, para después con las reglas clásicas de la imputación penetrar en el esquema jerarquizado de la empresa hasta determinar la responsabilidad de aquellos que integran los órganos de dirección de la empresa.

⁵⁴ Tal como se viera, el modelo de responsabilidad *top-down* parte inicialmente de la responsabilidad del superior o superiores sobre la base de que en numerosas ocasiones los sujetos que se encuentran en los escalones más abajo de la organización, aunque realizan materialmente la conducta típica, no son responsables criminalmente.

opinión de que la responsabilidad penal no debe circunscribirse únicamente a los escalafones inferiores, sino que incluso puede partir desde arriba⁵⁵.

Pero además de ello, no puede escapar tampoco a un análisis más minucioso, el hecho de que en el plano vertical de la organización empresarial, surgen cuestiones respecto de si los directivos o superiores quedan exonerados de pena o no cuando, en su caso, hubiera habido una delegación de competencias.

III) La responsabilidad penal de los directivos de la empresa.

A los fines de abordar la cuestión de la responsabilidad penal de los directivos de la empresa, y para un mejor orden expositivo, es conveniente comenzar primeramente tratando los problemas que se suscitan respecto de la responsabilidad penal basada en el plan criminal tomado como decisión en el marco del órgano directivo, para luego de ello, centrarnos en las distintas concepciones que fundamentan la atribución de responsabilidad a los directivos de la empresa por los hechos de sus subordinados, dejando para el final lo relativo a la delegación de competencias.

IV) Problemas de causalidad en los casos de acuerdos delictivos en órganos colegiados.-

En primer lugar, y como una cuestión relacionada con los acuerdos colegiados a través de los cuales se toma una decisión delictiva en el marco de la organización empresarial, cabe hacer una breve referencia al problema de causalidad que advierte PUPPE con suma agudeza⁵⁶.

En tal sentido, la autora alemana parte del hecho de que una acción es causa de un resultado cuando no puede eliminarse mentalmente sin que desaparezca el resultado. Esta es la idea básica de la llamada teoría de la evitabilidad, según la cual, al autor sólo le será imputado un resultado cuando hubiera podido evitarlo mediante la conducta debida.

Sin embargo, la consecuencia a que da lugar esa teoría de la evitabilidad es que, cuando intervienen diversos sujetos, cada uno de ellos debería quedar exonerado si aporta condiciones parciales que dentro de una condición suficiente resulten recíprocamente sustituibles o que pertenezcan a condiciones suficientes distintas efectivamente realizadas. Estos son los supuestos de la denominada causalidad múltiple y las llamadas causas substitutivas.

Un ejemplo de causalidad múltiple lo ofrece precisamente la sentencia del LEDERSPARY, en la que en su supuesto de hecho, el gremio directivo adoptó las

⁵⁵ Vid, por todos, FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva”, ob. cit., pág. 155 y ss.

⁵⁶ Cfr. PUPPE, Ingeborg, “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, ob. cit. Pág. 217.

resoluciones de, primero, no retirar el aerosol del mercado (resolución condicionante de una omisión), y segundo, de continuar comercializándolo (resolución condicionante de una acción), haciendo responsables al BGH por los daños que habían sufrido los consumidores en su salud a las seis personas que unánimemente adoptaron esas resoluciones, a pesar de que, a partir del cuarto voto, y una vez alcanzada la mayoría, los dos últimos restantes eran superfluos para alterar las decisiones ya alcanzadas.

Si aquí se emplea rigurosamente la fórmula de la condición necesaria –esto es, el requisito de evitabilidad–, ninguno de los administradores participantes en la votación sería causal del daño producido a los clientes que posteriormente recibieron el producto. Esto quiere decir que cada uno puede alegar que su voto no habría sido necesario para la aprobación de la decisión antijurídica, pues, si hubiese votado en contra, los otros cinco administradores habrían igualmente ganado por mayoría.

Naturalmente el BGH no apreció ninguna razón para la exoneración de cada miembro por el hecho de que el acuerdo también hubiera sido adoptado válidamente sin sus votos. Pero ésta hubiera sido la consecuencia lógica de la condición necesaria, a la que, también en esta ocasión se acogió el BGH.

La doctrina dominante pretende impedir las consecuencias del requisito de evitabilidad como las del caso anterior, postulando que no debe fijarse la atención en el resultado lesivo considerado en abstracto, como lo describe la ley, sino que debe atenderse al resultado en su configuración absolutamente concreta.

En el caso del “LEDERSPRAY”, el BGH argumentó que, en su configuración absolutamente concreta, un acuerdo unánime no es lo mismo que uno adoptado por una mayoría de cuatro contra dos o de cinco contra uno, y para la unanimidad todos los votos son necesarios⁵⁷.

En tal sentido se pregunta PUPPE ¿porqué el dato de la unanimidad pertenece al resultado en su configuración absolutamente concreta? ¿Sólo porque es real?.

Y buscando una respuesta a estos interrogantes, la mencionada autora destaca que la realidad no se nos presenta previamente conformada en su concreta configuración, por lo que podemos elegir libremente la información que deba contener la descripción de un determinado estado de cosas como, por ejemplo, un resultado. Por lo tanto, según esta teoría, cualquier hecho de los que hayan tenido lugar antes de la producción del resultado puede insertarse en la condición necesaria, y así, en la causa de aquél, siempre que haya sido

⁵⁷ BGH 37, 106, 130: Mediante su aprobación (de la decisión)...realizaron la contribución necesaria para que se alcanzara un acuerdo completo.

incluida en la descripción del resultado alguna circunstancia para la cual este hecho sea condición necesaria. Naturalmente, sólo se incluirán en la descripción del resultado aquellos hechos de los que se acepte que únicamente pueden ser explicados por medio de las verdaderas causas del resultado y no mediante causas sustitutivas. Pero, con ello, el procedimiento de comprobación de la causalidad deviene lógicamente circular e ilimitadamente manipulable. Mediante un procedimiento circular puede deducirse todo lo que uno se proponga. Por ello mismo la teoría de la condición necesaria en relación al resultado concretamente configurado, no puede ser defendida del reproche de circularidad lógica⁵⁸.

Finalmente, PUPPE llega a la conclusión de que si se quiere impedir que los diversos intervinientes puedan exonerarse recíprocamente por el hecho de que su contribución a la condición suficiente del resultado sea intercambiable, porque ninguna de las contribuciones sea absolutamente necesaria para la producción de aquél, tenemos que renunciar al requisito de la necesidad de la condición interpuesta por el autor, y por lo tanto, al criterio de la evitabilidad del resultado mediante la conducta correcta de aquél, a cambio de ello, propone como solución que se considere que la conducta del autor no debe ser necesaria para la producción del resultado, sino que sólo debe ser necesaria en el interior de una determinada explicación causal del resultado⁵⁹.

Desde otro punto de vista, GIMBERNAT ORDEIG considera que los cursos causales hipotéticos no resultan relevantes, y por ello entiende que la del BGH es la solución más adecuada. En tal sentido, destaca que todos los directivos resultan responsables como coautores por las lesiones producidas a los consumidores sobre la base de que la sociedad que fabricaba el producto distribuía un foco de peligro (el “spray” para el cuero) cuyo mantenimiento dentro del riesgo permitido correspondía a la dirección de la empresa –al menos desde que se celebró una reunión extraordinaria de los directivos por la situación excepcional y crítica por la que atravesaba-, pues cada uno de ellos era cogarante y estaba obligado a impedir cualquier desestabilización hacia la esfera de lo prohibido del foco de peligro que tienen que vigilar, o a reconducirlo al nivel de lo conforme a derecho cuando hayan sido ya sobrepasados los límites del riesgo permitido, y todo ello independientemente de si esa desestabilización amenazante o consumada tiene su origen en el hecho antijurídico

⁵⁸ Cfr. PUPPE, Ingeborg, “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, ob. cit. Pág. 218.

⁵⁹ Cfr. PUPPE, Ingeborg, “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, ob. cit. Págs. 218 y 219.

de otra persona, teniendo que atenerse el derecho a lo que realmente ha sucedido en el supuesto en cuestión⁶⁰.

Partiendo de esa base, el autor concluye sosteniendo que si en las decisiones colectivas los legitimados para votar no tienen obligaciones de garante, entonces rige sin restricciones la teoría de la condición, de tal manera que, una vez adoptada la resolución, los restantes miembros del grupo que emiten un voto positivo, pero que ya es superfluo, sólo pueden ser considerados, como mucho, como cómplices. Si por el contrario, los legitimados para votar tienen, al mismo tiempo, obligaciones de garante, entonces cada uno de ellos responde –independientemente de si su voto es o no condicionante- como coautor en los delitos dolosos –o como autor en los delitos imprudentes- y todo ello independientemente de si la resolución consiste en provocar una omisión o una acción: la razón de por qué esto es así no reside, sin embargo, en que han votado a favor de la decisión, sino en que, como garantes, estaban obligados, en un caso, a la retirada del producto, y en el otro, a impedir que siguiera distribuyéndose⁶¹.

V) Problemas de responsabilidad penal relativos al plan delictivo común tomado en una decisión del órgano directivo.-

Más allá de la cuestión de la causalidad tratada precedentemente, cabe destacar que por lo general será el órgano de dirección de la empresa, con facultades de organización y delegación, de donde parta el plan delictivo común para lesionar un bien jurídico en el ámbito de la empresa.

A partir de ello, se genera la controversia referida a determinar la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado del que partió ese plan, teniendo en cuenta si votaron a favor, en contra, se abstuvieron o no asistieron a la reunión en la que se tomó el acuerdo delictivo.

En esa línea, y respecto de los miembros que votan en contra, se abstienen o no acuden al acto que toma el acuerdo contrario a derecho se ha sostenido que para su exención

⁶⁰ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (responsabilidad por el producto, accesoriad administrativa del derecho penal y decisiones colegiadas)”, ob. cit., págs. 28 y 29. En tal sentido aclara GIMBERNAT que si en el caso del “spray” para el cuero el garante “hubiera hecho todo lo que era posible y exigible (...) para conseguir la resolución exigida por el Derecho, entonces se habría comportado conforme al deber, de tal manera que los daños provocados por el foco de peligro que se encontraba por encima del riesgo permitido sólo se les habrían podido imputar a los restantes cogarantes.

⁶¹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (responsabilidad por el producto, accesoriad administrativa del derecho penal y decisiones colegiadas)”, ob. cit. Págs. 30 y 31.

de responsabilidad penal hace falta algo más: que se opongan e impidan la ejecución del acuerdo por la vía de su impugnación. De lo contrario, incurrirán igualmente por vía omisiva, en responsabilidad penal.

Así, quienes siguen esa idea, consideran que la responsabilidad penal del directivo en los casos mencionados deriva de omitir la acción de evitar la ejecución del acuerdo adoptado por la mayoría, pues teniendo conocimiento de la inmediata ejecución de un delito, no hace nada para evitarlo. Según este punto de vista, el directivo asume una posición de garante, pues, como miembro del consejo de administración, adquiere un compromiso individual dentro de su ámbito de competencia. Ahora bien, esta posición de garantía no derivaría automáticamente por el hecho de asumir el cargo, sino de un poder fáctico de organización que le confiere su facultad de dirección⁶².

Contrariamente a ello, y a mi modo de ver con un criterio más acertado, otro sector doctrinal considera que de ningún modo puede justificarse en el ordenamiento penal una responsabilidad en comisión por omisión respecto de unos administradores por no impedir los eventuales delitos en que pudieran incurrir los otros miembros del órgano colegial. Ello así, en virtud de que el respeto al principio de autonomía que rige imposibilita cualquier pretensión de legitimar una culpa colectiva⁶³.

Y aún cuando sea cierto que en ocasiones el deber de salvaguarda de un bien jurídico es asumido conjuntamente por varios sujetos, nadie es garante, y por ello no tiene la obligación, de que los demás traten de evitar la lesión del mismo, sino sólo de comportarse él de acuerdo al compromiso adquirido de impedir que un riesgo o un peligro concreto para la empresa, socios o terceros se realice en el resultado⁶⁴.

Y en tono crítico a la postura contraria –es decir, la que admite la posición de garante de los miembros del consejo que voten en contra del acuerdo delictivo, estén ausentes o se abstengan-, PEREZ CEPEDA destaca que en un sistema penal como el nuestro, esta concepción resulta imposible, en la medida en que la exigencia de responsabilidad debe ser individual y rige un sistema diferenciador entre la autoría y la participación. En el ámbito

⁶² Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, ob. cit., pág. 49

⁶³ Vid por todos, PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, en “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, artículo publicado en Revista Penal N° 9, año 2002, pág. 109.

⁶⁴ Cfr. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, en “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, ob. cit. Pág. 109. Más aún, aquellos miembros que votan en contra, manifestando de ese modo su oposición al acuerdo, están actuando como barrera de contención del riesgo.

horizontal, los distintos intervinientes tendrán una determinada pena, distinta en función de sus características y de la relevancia de sus aportaciones⁶⁵.

Concretamente entonces, lo que quiere decir este sector doctrinal es que en los casos de existir más de un administrador, y siendo todos ellos plenamente responsables, no existe una posición de garante horizontal entre ellos que obligue a unos a evitar que los otros se comporten de modo contrario al deber.

De ahí que por ejemplo, si en un consejo de administración plural todos los miembros votan a favor de una decisión delictiva serán todos coautores, si algunos votan a favor, y otros en contra, o se abstienen o están ausentes, los primeros responderán como coautores, y a los segundos no les cabra responsabilidad alguna ya que no son garantes por las infracciones de los deberes de aquellos otros que actúan de manera plenamente libre y responsable.

Del mismo modo, en caso de votaciones secretas, y si uno de los miembros voto en contra y no se puede determinar quien fue, debe remitirse la solución al principio “in dubio pro reo”, y eximirse de responsabilidad penal a todos ellos.

A todo lo cual cabe agregar que esto no impide la distinción entre autor y partícipe, en función de si la no contención del riesgo a la que venían obligados se realiza directamente, o sólo colaboran a la ejecución del hecho, porque no han participado en la configuración de la voluntad delictiva⁶⁶.

En apoyo de esta tesitura como mas acertada, invita a reflexionar la conclusión a la que arriba MUÑOZ CONDE, quien considera que podría aplicarse con reservas la regla que establece el Código respecto a decisiones colegiadas en el ámbito de la administración pública, esto es, la fórmula de hacer responsables únicamente a aquellos que votaron a favor de adoptar un acuerdo o resolución ilícita, aplicable a los delitos urbanísticos (art. 320.2 C.P.), contra el patrimonio histórico (art. 322. 2 del C.P.) y contra el medio ambiente (art. 329.2 C.P.)⁶⁷.

Esta solución que simplifica la atribución de responsabilidad individual a los miembros de los órganos colegiales de la Administración Pública, no hace mas que ratificar las reglas generales de la autoría y participación, que permiten considerar coautor al sujeto de

⁶⁵ Cfr. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, ob. cit. Pág. 109.

⁶⁶ Asimismo, merece la pena destacarse que en aquellos casos en que el acuerdo para cometer un delito no llega a ejecutarse, por razones ajenas a la voluntad de los directivos de la empresa, será punible la coautoría mediata o coautoría en grado de tentativa, siempre que el hecho haya sido intentado por al menos uno de los intervinientes en el plan delictivo. También en aquellos delitos de la Parte especial que expresamente prevean el castigo de la conspiración y la proposición, la simple intervención en la adopción del acuerdo será punible aunque no se haya realizado ningún acto ejecutivo.

un organismo colegiado que vote dolosamente a favor de un acuerdo delictivo, y exonerar de responsabilidad penal al miembro que vote en contra, se abstiene o este ausente.

VI) Soluciones para la responsabilidad penal del directivo.-

En relación a las concepciones que atribuyen a los directivos de empresas responsabilidad penal en carácter de autores se presentan diferentes alternativas para determinar el vínculo de imputación, todas ellas tratan de ampliar el ámbito de responsabilidad de los directivos, especialmente mediante un comportamiento activo. Una de ellas, la de la autoría mediata se mueve en un sentido vertical; otra, la de la coautoría en uno horizontal, sin que falten tampoco opciones combinadas.

a) Autoría mediata.-

Una primera concepción desde la cual se ha pretendido fundamentar la autoría de los directivos de empresas fue a través de la construcción de una autoría mediata de las personas que no actúan en último lugar en la empresa basada en la idea del dominio mediante un aparato organizado de poder.

Esta teoría, inicialmente creada por ROXIN para los casos de criminalidad organizada estatal, sostiene la autoría mediata en cabeza de quien da las órdenes en los aparatos organizados de poder, a pesar de que el autor directo sea responsable. El fundamento fue hallado en el dominio de la voluntad, concretado a través del dominio de la organización, que conlleva un concepto extensivo de instrumento, vinculado a la posibilidad de sustitución o intercambiabilidad de quienes forman parte de los niveles inferiores, que realizan directamente el hecho, y en el automatismo de su funcionamiento.

Las características que presenta un dominio de la organización fueron esbozadas por ROXIN del siguiente modo: a) Poder de mando, de forma tal que el autor mediato sólo puede ser quien en el seno de una organización rígidamente dirigida tiene capacidad para dar órdenes y las ejerce para causar realizaciones del tipo; b) La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder como condición indispensable del dominio de organización; c) La fungibilidad del autor inmediato, en el sentido de sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo; d) Una disponibilidad al hecho por parte del ejecutor considerada elevada, en el sentido de que aquel que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, se encuentra sometido a numerosas influencias específicas de la organización que le hacen ostentar una posición distinta a un autor individual que se tiene

⁶⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal, Parte Especial”, Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, año 1996, pág. 459.

que desenvolver por sí mismo, lo que en su conjunto incrementa la posibilidad de éxito de una orden contribuyendo al dominio del hecho⁶⁸.

Más allá de los problemas que tiene de partida esta teoría de la autoría mediata basada en el dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder, la misma, -tal cual fuera inicialmente formulada- no parece que pueda ser trasladada al ámbito empresarial, a pesar de que un sector de la doctrina lo haya intentado a partir de la pionera contribución de SCHUNEMANN en 1979. Es evidente que ROXIN no construyó esta teoría a partir de 1963 para resolver los problemas político criminales que presentan las estructuras empresariales sino otro tipo de cuestiones tales como delitos de Estado o amparados por el Estado, y de grandes organizaciones criminales. Y esto es así, desde que incluso ya el propio ROXIN se opone a la traslación de esta teoría al ámbito empresario con el argumento de que se iría por esta vía demasiado lejos, dado que en la criminalidad de empresa faltan algunos de los elementos de los aparatos organizados de poder⁶⁹.

En esa dirección, ROXIN confirma su posición negativa respecto de la posibilidad de fundamentar una autoría mediata de superiores sobre la base del dominio de la organización por delitos cometidos por los subordinados, ya que de los cuatro requisitos faltarían al menos tres. En primer lugar, advierte con razón, que las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del derecho. Tampoco se da la intercambiabilidad, ni se puede hablar de una disponibilidad al hecho por parte de los miembros de la empresa considerablemente elevada⁷⁰.

Del mismo modo crítico, PEREZ CEPEDA destaca que esta opción ha sido rechazada con razón por la mayoría de la doctrina, de un lado, porque al tratarse de criterios prejurídicos como la presunta utilización de un instrumento o dominio sobre un aparato organizado de poder, su uso solamente está justificado cuando la gravedad del caso es tal que contraría las percepciones valorativas de cualquier nación civilizada, es decir, las violaciones de derechos humanos a través de la organización estatal. De otro lado, la empresa normalmente se constituye inicialmente para desarrollar una actividad lícita, aunque posteriormente se realice a través de la misma un crimen, no existe el automatismo de

⁶⁸ Cfr. ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en RP 18, año 2006, págs. 244 y ss.

⁶⁹ Esta última postura de ROXIN, surge de la obra “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Munich 2003, pág. 55 y ss. In extenso, citada por DEMETRIO CRESPO, Eduardo en “Responsabilidad por omisión del empresario”, ob. cit., pág. 35.

⁷⁰ Cfr. ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, ob. cit. Pág. 247. Sin embargo, ROXIN propone aquí recurrir a la figura de los delitos consistentes en la infracción de un deber, para fundamentar una autoría de los cargos directivos de la empresa a partir de la atribución de una curiosa *posición de garante para salvaguarda de la legalidad* de las acciones de la empresa.

funcionamiento requerido para el dominio de la organización, lo que implica la no-fungibilidad del ejecutor.

Asimismo, la mencionada autora aclara con razón que en una empresa raramente existe la estructura rígida, que caracteriza a los aparatos organizados de poder. En la estructura de una empresa la relación con el subordinado se basa en la distribución del trabajo, no en la sumisión ni en la obediencia⁷¹.

En un mismo tono crítico, FEIJOO SANCHEZ explica que en la doctrina alemana se puede apreciar de forma creciente una clara tendencia a separar el tratamiento paralelo que se hacía tradicionalmente en el marco de las organizaciones empresariales con la criminalidad de Estado o amparada por el Estado por la influencia de los conocimientos que aportan las ciencias sociales relativas a la organización. Y agrega que de forma muy representativa, SCHUNEMANN, siguiendo las aportaciones de otros autores como HEINE, ROTSCH o BOSCH, considera que “esta idea de una dirección absoluta mediante una o más personas omnipotentes en la empresa que están en la cúspide de la jerarquía (...) no es realista respecto a sistemas erigidos y dominados por seres humanos, ni especialmente, respecto a la compleja gran empresa moderna, porque la división del trabajo conduce a una diferenciación funcional y una descentralización de los procesos de acción y decisión, a través de las que el poder de dominio inicial de los órganos directivos se transforma en un “poder de intermediación” y en vez de dominio de la acción existe una función de coordinación, lo que, unido a la simultánea descentralización del conocimiento, puede conducir como resultado final, incluso a una “irresponsabilidad penal organizada”⁷².

b) Coautoría.-

A partir de las dificultades que presenta la teoría de la autoría mediata, hay un sector de la doctrina que propugna la solución de la coautoría, aún cuando el directivo no lleva a

⁷¹ Cfr. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, ob. cit. pág. 115. De modo ilustrativo FEIJOO SANCHEZ destaca que no es cierto que “los aparatos organizados de poder presentan una estructura y un funcionamiento similar al de una gran empresa” especialmente cuando se trata de organizaciones burocráticas estatales. Dicho de forma gráfica, las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en regímenes como el Nacionalsocialismo en Alemania o las dictaduras militares en Chile o Argentina tienen poco que ver con la comercialización de un producto defectuoso por parte de una multinacional como Nestle. (Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, en Gobierno Corporativo y Derecho Penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía/ Coor. por Silvina BACIGALUPO SAGGESE, Carlos GOMEZ-JARA DIEZ; Miguel BAJO FERNANDEZ (dir.) año 2008, págs. 191-218).

⁷² Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, ob. cit., págs. 191 y ss.

cabo actos de ejecución en sentido estricto, y la fundamentan en virtud del dominio del hecho material como dominio de la decisión⁷³.

En consecuencia, quienes sostienen esta postura admiten una coautoría entre el directivo y el subordinado, considerando que para el primero de ellos debería ser suficiente una realización conjunta, si existe un plan común y un dominio funcional del hecho, aunque no intervenga en la fase ejecutiva propiamente dicha del delito de que se trate. De este modo, se pueden calificar de ejecutivos aquellos actos, que en principio, serían meramente preparatorios⁷⁴.

Concretamente, podría afirmarse que quienes se inclinan por esta idea, sustituyen en la criminalidad de empresa una teoría extensiva de la autoría mediata por una teoría extensiva de la coautoría, con el mismo fin de imputar el hecho delictivo a título de autor a aquellos que diseñan, planifican o asumen el control o la dirección de su realización.

Esta postura ha merecido diversas críticas y objeciones que se concentran en una fundamental relativa a la *pérdida de contornos* en virtud de la renuncia a una ejecución conjunta, con la consiguiente confusión con las figuras de simple participación en un hecho ajeno, de modo que el concepto de coautoría se ve desdibujado en sus límites principales⁷⁵.

En efecto, se admite que no resulta necesario que la aportación de un interviniente coautor, -en el caso el directivo-, se realice en la fase de ejecución del hecho, de modo que no sería posible diferenciarlo del cooperador necesario o del inductor.

ROXIN critica esta tesis de la coautoría entendiendo que no se atiende a los hechos ya que la imagen rectora que debe guiar en este caso la configuración normativa del concepto penal en juego (la coautoría) no es la responsabilidad del resto de los intervinientes, sino la realización conjunta. Asimismo, este autor resume las objeciones a la solución de la coautoría en el contexto de la criminalidad organizada, sobre la base de las siguientes razones: a) Falta la decisión de realizar conjuntamente el hecho; b) No se da una ejecución común; y c) Elude la diferencia estructural decisiva entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la

⁷³ Cfr. por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?” ob. cit. y “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en RP 9, año 2002, págs. 66 y ss.

⁷⁴ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, “Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General”, Ed. Tirant lo Blanch, 2º ed., Valencia, 2007, pág. 497. Asimismo, el autor realiza una observación al respecto, y afirma que sin nos situamos en el plano de lege lata, hay que advertir de que, en lo que atañe al Derecho penal español, esta tesis obliga a interpretar el verbo “realizar” (empleado en el art. 28 del CP para definir la condición de autor) en un sentido amplio, no circunscripto al de ejecución del hecho; interpretación que no es aceptada por toda la doctrina... Y más allá de ello, cabe objetar que, desde la perspectiva de la concepción significativa de la acción dicha tesis no puede ser asumida, al prescindir del principio de ejecución para caracterizar la autoría.

⁷⁵ Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, ob. cit., pág. 41.

primera se mueve en el plano vertical (en sentido de un desarrollo de arriba abajo, aquel que ordena al ejecutor), mientras que la segunda lo hace en el plano horizontal (en sentido de actividades equivalentes y simultáneas)⁷⁶.

En esa dirección, debemos destacar que cuando los directivos ordenan la ejecución de un delito a un subordinado, aun cuando prescindamos del requisito de realización de la aportación en la ejecución del hecho, de todos modos, sigue existiendo una falta de acuerdo y la relación se estructura verticalmente. Frecuentemente, no deciden nada juntos, ni siquiera se conocen, tampoco existe una división del trabajo, simplemente el que actúa recibe una orden y la ejecuta. Podría decirse, sin embargo, que para cumplir con el requisito del acuerdo mutuo es suficiente con la mera aceptación del subordinado del plan ideado por los administradores o empresarios, pero aún así, lo cierto es que aquellos no participan en la confección del plan originario⁷⁷.

Finalmente, según la opinión dominante, la posibilidad de responsabilizar penalmente, a título de coautoría a los órganos directivos en la esfera de los delitos comisivos se desvanece si el ejecutor material comete un delito de propia mano, dado que esta clase de delitos requiere de una realización personal, o si se comete un delito con modalidades limitadas de acción (o “delitos de medios determinados” o de “conducta determinada”), dado que en estos únicamente podrá ser autor aquella persona que materialmente utilice tales medios, pero no aquella que simplemente se limite a no impedir el hecho, la cual sólo podrá ser calificada de partícipe. Asimismo algo similar se predica de los delitos de mera actividad⁷⁸.

c) Participación.-

Cuando el delito cometido directamente por los subordinados sea la consecuencia del plan diagramado por los directivos, o cuando al menos haya sido provocado o favorecido por

⁷⁶ Cfr. ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. (Ed. Ferré/Anarte), Universidad de Huelva, 1999, págs. 194 y ss.

⁷⁷ Ello no impide que el sector de la doctrina que defiende que se trata de un caso de coautoría, lo fundamente alegando que en este caso el empresario o los miembros del consejo de administración mantienen en sus manos la decisión sobre la ejecución del delito, sin embargo, se trata de un dominio negativo del hecho, es decir de un poder de interrupción de la ejecución del delito para el que ni siquiera hace falta un aparato de poder. En contra de este argumento, puede considerarse que el dominio se materializa en una aportación positiva –dar una orden a la realización del tipo, si bien es verdad que una vez transmitida la orden, en la fase de ejecución únicamente puede estimarse que existe un dominio negativo, o capacidad para interrumpir la ejecución, pues el subordinado actúa libremente. El hecho de que exclusivamente exista un dominio positivo en la fase preparatoria, unido a la falta de presupuestos necesarios para la existencia de coautoría, imposibilita que los miembros del consejo puedan ser caracterizados como autores del delito. (Cfr. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, ob. cit. Pág. 117).

⁷⁸ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, “Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General”, ob. cit. Pág. 498.

estos, cabe siempre recurrir a las diferentes formas de participación, trátase de la inducción o de la cooperación –arts. 28 y 29 del CPE-, con la importante particularidad en nuestro caso de que el Derecho español contiene la figura de la cooperación necesaria, en virtud de la cual se puede castigar al órgano directivo con la misma pena que la del ejecutor directo (art. 28, párr. 2º, b. CPE).

En efecto, quienes sostienen esta idea, consideran que siempre que en el ámbito de una organización empresarial, la conducta del ejecutor constituye una consecuencia previsible de una orden o instrucción dada por un superior jerárquico se estaría ante la hipótesis de una participación moral o intelectual.

De ahí que en el contexto de una organización empresarial aquellos que dan las órdenes resultan ser simplemente inductores que influyen espiritual o psíquicamente en el subordinado, desentendiéndose en el momento de la ejecución. Ello se justifica, en que a pesar de ser una relación vertical, el subordinado no es una persona que actúa como un instrumento, sino que se trata de un sujeto responsable, libre y plenamente consciente de la trascendencia de sus actos.

En aquellos casos en que el subordinado se niegue a ejecutar una orden, o por las razones que sea ni siquiera de comienzo a la ejecución del delito, el empresario o los miembros del consejo de administración quedan impunes.

Esta solución también ha merecido objeciones desde la óptica político criminal. Ello así, puesto que considerando el carácter jerárquico que existe en el ámbito de la empresa, así como el reparto de funciones y competencias, resulta absurdo, según MUÑOZ CONDE, imputar el hecho delictivo a los que toman las decisiones a título de inductores o cooperadores necesarios por los actos que ejecutan los subordinados⁷⁹.

Del mismo modo, SILVA SANCHEZ destaca que no deja de producir perplejidad que se califique de simple partícipe a quien domina de forma esencial todo el hecho típico, debido a que sea el quien ha trazado todo el plan delictivo y quien posee un pleno control sobre los medios y los instrumentos a través de los cuales se ha desplegado toda la actividad criminal⁸⁰.

Concretamente entonces, puede decirse que las soluciones de participación, basadas en una responsabilidad accesoria respecto de la del ejecutor o autor directo, que domina

⁷⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, “El delito de alzamiento de bienes”, 2º Edición revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Ed. Bosch S.A., año 1999, pág. 180 y ss.

⁸⁰ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos en Derecho español”, publicado en Fundamentos de un sistema Europeo de Derecho Penal”. Libro homenaje a Claus ROXIN, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 369.

positivamente el hecho, no parecen convencer, pues no parece lógica en aquellos casos en los que se produce un dominio esencial del acontecer típico por parte del propio directivo.

Finalmente, también se advierte un problema en los delitos especiales, toda vez que cuando el subordinado que ejecuta materialmente el hecho no pueda llegar a ostentar las condiciones subjetivas de la autoría del autor, tampoco podrá sancionarse al superior jerárquico, al atribuirse a este la mera condición de partícipe, puesto que falta el hecho delictivo principal en el que participar. En ese caso, se puede apreciar claramente que la no atribución de una autoría al superior (coautoría o autoría mediata) comporta la impunidad de este⁸¹.

d) La solución por vía de la comisión por omisión.-

Ante las dificultades que presenta la imputación al directivo de un delito de comisión activa, modernamente un cualificado sector doctrinal ha postulado una alternativa de solución que merece ser tomada en cuenta. La misma consiste en acudir a la estructura de la comisión por omisión, con el fin de atribuir una responsabilidad penal por omisión impropia a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u “hombre de atrás” se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de ella, y consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa⁸².

Según esta tesis elaborada por SCHUNEMANN, la plena equiparación entre la omisión impropia y el comportamiento activo debe apoyarse en la idea de “dominio”, o, dicho de modo más explícito, en el dominio que posee el órgano directivo, que se encuentra en posición de garante, “sobre la causa o el fundamento del resultado”. A través de la teoría del dominio se consigue –en su opinión- una significativa restricción de las situaciones de garante derivadas del pensamiento de la injerencia a supuestos en que pueda acreditarse un auténtico dominio del órgano directivo de la empresa. En concreto, el aludido dominio puede dimanar de un dominio fáctico sobre los elementos o procedimientos peligrosos de la empresa

⁸¹ Estas razones han llevado a que MUÑOZ CONDE, Francisco, en su obra, “El delito de alzamiento de bienes”, ob. cit., pág. 181, postule para este supuesto también la imputación a título de coautoría.

⁸² Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, “Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General”, ob. cit. Págs. 498 y 499.

(dominio material) o puede proceder de un dominio sobre el comportamiento de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa (dominio personal)⁸³.

Con respecto al dominio material sobre las cosas y procedimientos, se distingue entre deberes de garante primarios y deberes de garante secundarios. Los deberes de garante primarios son propios de quienes tiene una relación de inmediatez con la cosa y/o procedimiento, con arreglo a lo cual deciden sobre el tratamiento que ha de recibir y al que se ha de ajustar. Es precisamente este dato (el trato inmediato que se tiene con la cosa) lo que fundamenta el dominio. Los deberes de garante secundarios, por el contrario, son propios de los titulares de la cosa que no mantienen con ella una relación de intermediación, pero están en la obligación de establecer las pautas y directrices según las cuales se ha de manipular el bien. Además, también se encuentran en la obligación de controlar y coordinar el uso de las cosas y procedimientos. El contenido esencial del deber de garante secundario recaerá por lo general en los superiores jerárquicos, y su contenido viene definido por los deberes de control y coordinación; de ahí que si el garante primario no cumple las órdenes dadas o se aleja de la *lex artis* en la utilización de la cosa o del proceso, el titular, haciendo uso de su deber de garante secundario habrá de reiterar las órdenes precisas, brindar la información necesaria para el buen uso de la cosa y/o procedimiento y, llegado el caso, sustituir al garante primario⁸⁴.

Por su parte, en la configuración del dominio personal cobra relevancia el poder de mando inherente a la dirección empresarial, en mérito al cual existirán algunas personas que ordenan y varios que obedecen y, sobre todo, la información y conocimiento descansará en el superior jerárquico. Con base en ello, el órgano directivo será garante de los comportamientos efectuados por sus subordinados, destacando la obligación de vigilar el correcto desempeño de quienes participan en la actividad que él ha organizado, explota y dirige⁸⁵.

⁸³ Esta postura de SCHUNEMANN es expuesta por MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, en “Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General”, ob. cit. Pág. 501.

⁸⁴ Cfr. MEINI, Iván, “Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 306 y 307. En tal sentido explica el autor que la responsabilidad penal en comisión por omisión termina ahí donde no concurre el dominio sobre la causa del resultado. En otras palabras, y con un ejemplo, si los directivos o administradores han infringido sus deberes de control y coordinación y a consecuencia de ello se ha introducido en el mercado un producto defectuoso, esta claro que responden en comisión por omisión; pero si su comportamiento se ha ajustado a los cánones de la prudencia y observado el cuidado debido hasta que se produce la pérdida del dominio del producto al estar éste en el mercado, determinándose recién la nocividad del producto, no responderán en comisión por omisión puesto que ya no tienen el dominio sobre el producto.

⁸⁵ Cfr. MEINI, Iván, “Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados”, ob. cit, pág. 308. Asimismo, en palabras de SCHUNEMANN citado por MEINI, se explica que el alcance de ambas formas de dominio es diferente y complementario, el dominio material es “permanente ante el exceso” (en el sentido de que una pérdida de custodia del objeto debida a una infracción del deber de cuidado no exime de responsabilidad por las consecuencias derivadas de dicha pérdida), pero no es “permanente ante la

Esta idea del dominio ha sido también aceptada por un sector de la doctrina española y en particular por SILVA SANCHEZ, quien ha señalado que la teoría del dominio comporta la exigencia de algo más que una genérica posición de garantía en el empresario u órgano directivo con respecto a los delitos que puedan ejecutarse en el seno de la actividad empresarial. De ahí que no todos los directivos vayan a responder por omisión, de los hechos delictivos cometidos en el ámbito de la empresa. La mera ostentación formal de la condición de directivo no es, pues, suficiente para ello. Antes al contrario, el fundamento de la imputación de la responsabilidad a los directivos proviene del nacimiento de unos ámbitos específicos de competencia individual (fruto de la división funcional del trabajo y de la estructura jerárquica), al frente de cada uno de los cuales se halla una persona que pasa a poseer, así, una propia esfera de dominio sobre la organización interna de esa parcela de actividad. Por consiguiente, el órgano directivo asume un específico compromiso individual de control y contención de riesgos determinados para bienes jurídicos que pueden provenir de los objetos o de las personas sujetos a su supervisión, y con relación estricta a las actividades propias de la empresa y a hechos que él esté en condiciones de evitar de acuerdo con su propio ámbito de competencia en el organigrama empresarial⁸⁶.

Con todo conviene puntualizar que un sector de la reciente doctrina que se ha ocupado del tema ha matizado que el criterio general del dominio (noción que desde luego se reputa fundamental para la atribución de la responsabilidad) no puede justificar en exclusiva el fundamento y los límites de la responsabilidad omisiva del órgano directivo⁸⁷. Por tal motivo, se añade un segundo criterio genérico que permite fundamentar la posición de garante del directivo, asentado en la estrecha conexión que ha de existir entre el hecho delictivo cometido y el ejercicio de las facultades individuales de autoorganización.

descentralización” (en el sentido de que el mero hecho de ocupar una posición superior en la estructura jerárquica de la empresa no da lugar a una responsabilidad en comisión por omisión, sino existe un dominio inmediato sobre la cosa, basado en una relación específica de custodia); por el contrario, en el dominio personal se da precisamente la situación inversa, habida cuenta de que este no es permanente ante el exceso (porque los hechos cometidos por los subordinados en provecho propio, y no de la empresa, quedan *ab initio* al margen de la esfera de competencia del superior jerárquico), pero sí es permanente ante la descentralización (porque en los niveles más altos de la jerarquía empresarial, y en particular en la dirección de la empresa, confluyen el poder legal de mando y todos los canales de información de la empresa, de tal suerte que en dichos niveles concurre por definición la forma más intensa de dominio).

⁸⁶ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos en Derecho español”, ob. cit. Págs. 371 y ss.

⁸⁷ Vid. por todos LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus TIEDEMANN, Madrid, BOE, 1995, pág. 210 y ss. y FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo”, trabajo publicado en la obra de MIR PUIG, Santiago-LUZON PEÑA, Diego “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto”, Ed. Bosch, Barcelona, año 1996, pág. 112.

Según esta idea que deriva del principio de libertad y del derecho al desarrollo de la personalidad, se entiende que la actividad de los seres humanos no conoce más límites que los provenientes del correlativo derecho de los demás ciudadanos. En el campo del derecho penal este postulado viene recibiendo la institución de “deber de aseguramiento en virtud de responsabilidad por organización”. Ya en el ámbito empresarial, esto significa que sobre la base de la autoorganización empresarial se puede fundamentar la existencia de un derecho/deber que le corresponde al titular del establecimiento, en cuya virtud asume las consecuencias de su organización, sean positivas (tiene el derecho de hacerse con los beneficios, por ejemplo, económicos) como negativas (tiene el deber de responder por las lesiones de bienes jurídicos). Acorde con esto, el empresario se encuentra obligado a garantizar la inocuidad de las conductas, omisivas y comisivas, que se realizan en el ámbito comercial que él ha configurado⁸⁸.

En esta línea, en la concreción de la posición de garante del empresario no hay que olvidar que la actividad que desarrolla y le permite organizar la estructura empresarial que dirige y explota, (producción y/o distribución de bienes y/o servicios) supone, en mayor o menor medida, un riesgo para bienes jurídicos ajenos. De ahí que el interés del Derecho Penal no se limite únicamente a la eventual lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de quienes en la empresa trabajan o de sus accionistas, sino también a la de aquellos pertenecientes a personas externas a ella, o a la colectividad, como el medio ambiente, la salud pública, el derecho a una competencia leal, etc.⁸⁹.

Llegados a este punto, todavía restaría dilucidar, en relación con la responsabilidad omisiva del órgano directivo de la empresa, en qué casos concretos concurre la estrecha conexión apuntada, entre el ejercicio de las facultades autoorganizativas del individuo y la conducta delictiva ejecutada por el subordinado.

Así, ante todo, resulta adecuado incluir dentro de esta responsabilidad especial el caso de los procesos de riesgo generados directamente por la propia actuación del directivo de la empresa.

El órgano directivo que, en ejercicio de su libertad, lleva a cabo determinada actividad empresarial para la que ostenta un poder de organización en el marco de una competencia específica (ej. designar a una persona para ocupar un determinado puesto), excluyendo en ese ejercicio la intervención de terceras personas a la hora de tomar la

⁸⁸ Cfr. MEINI, Iván, “Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados”, ob. cit, pág. 304.

⁸⁹ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial” en La responsabilidad penal de las sociedades, CGPJ, Madrid, 1994, pags. 61 y ss.

decisión, debe velar porque su actuación no implique peligros (ej. adoptar medidas de cuidado si prevé que dicha designación comporta determinados riesgos). Y esto es aplicable, en especial, a los supuestos en que la competencia específica se ejerce con pretensiones de duración (ej. designación estable de personas), trátase de casos en que se exija la realización de ciertas actividades periódicas de control, trátase incluso de casos en que tal exigencia no exista (vgr. El directivo designante está obligado a eliminar periódicamente aquellos peligros que, de haber existido desde un principio, se habrían erigido en un obstáculo para la designación del subordinado).

Reflexionado sobre el punto, FRISCH sostiene que si el propietario o el órgano directivo de la empresa se sirven de otras personas para la realización de distintas funciones de la misma, deben organizar dicha distribución de funciones de modo tal que no se produzca por causa de ella ninguna lesión de bienes jurídicos; y esto implica también la obligación de actuar contra los peligros que puedan ir resultando cognoscibles posteriormente. Pues el deber especial que tiene el órgano directivo de realizar sus propias actividades sin lesionar bienes jurídicos y eliminando cualquier riesgo cognoscible que pueda existir no finaliza con la delegación de la tarea sino que en tales casos se convierte en un deber de preocuparse (a través de aquellas medidas organizativas, controles e intervenciones que sean necesarios) de que dicha delegación no acabe produciendo lesiones de bienes jurídicos⁹⁰.

No obstante, el empresario no asume el deber de controlar cualquier peligro de lesión que pueda sufrir un tercero cuyo origen pueda ser ubicado causalmente en la actividad empresarial⁹¹, puesto que quedarán al margen de su deber de garante y, en consecuencia, no podrán serle imputados en comisión por omisión por ejemplo, las lesiones que sufra un tercero a consecuencia de la manipulación por parte de un operario calificado en la empresa en contra de las disposiciones dadas.

Por último, cabe destacar que se incluyen dentro de la aludida responsabilidad especial el caso de procesos de riesgo que se deriven de objetos, procedimientos o personas que carecen de un margen de autonomía relevante en el seno de la empresa, y que pertenecen a la esfera de organización del órgano directivo.

e) Contenidos de los deberes jurídicos de garantía y cumplimiento de deberes en casos de delegación.-

⁹⁰ Cfr. FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo”, ob. cit. pág. 116.

⁹¹ Cfr. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, “La responsabilidad de los administradores de sociedades. Criterios de atribución”, Ed. Cedecs. Barcelona, 1997, págs. 173 y 174.

Para finalizar, y relacionado con lo anterior, resta aclarar dos grupos de cuestiones más, una de ellas, referente al contenido de los deberes objetivos de garantía del órgano directivo derivados de las especiales posiciones de responsabilidad y la otra, relativa a las posibles formas de ejecutar dichos deberes, y en concreto, el caso del cumplimiento de deberes en supuestos de delegación.

En lo que respecta a la primera de estas cuestiones, a los efectos de la concreción del contenido del deber objetivo de garantía del órgano directivo es menester tener en consideración (al igual que sucede con el deber objetivo de cuidado en el delito imprudente), ante todo, las normas formales reguladoras de la actividad empresarial de que se trate, aunque las mismas no tienen porque poseer un carácter axiomático. En este sentido, vale la pena recordar que en ningún caso se puede pasar por alto las circunstancias específicas que enmarcan el caso concreto. Con tal motivo, (y por supuesto en los casos en que la actividad empresarial no se halle sometida a una reglamentación específica) se propone desde la doctrina el recurrir a criterios generales indeterminados (vgr. “razonabilidad” y “prudencia”) que, por lo demás, suelen estar ya incorporados a las normativas vigentes.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, es decir, la delegación de competencias en el ámbito empresarial, la misma resulta ser un problema que delimita considerablemente la discusión de la eventual posición de garante del empresario por delitos cometidos por sus empleados. Incluso hasta se puede decir que la delegación resulta de la propia posición de garante cuando el titular no reúne por sí mismo la capacitación necesaria⁹².

Naturalmente, la delegación resulta lícita, no sólo por la necesidad y el interés que ello tiene para el funcionamiento de la empresa, sino también por los beneficios para terceros, ya que permite aprovechar las ventajas de la especialización⁹³. Así, son delegables no sólo los trabajos mecánicos, sino también los deberes de vigilancia. Quien asume dichos deberes asume por ello una responsabilidad especial. Y, en el ámbito de los delitos comunes

⁹² Cfr. GALLEGO SOLER, José Ignacio, “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”, ob. cit., pág. 101.

⁹³ Téngase en cuenta que las grandes empresas se subdividen en diferentes secciones de las que normalmente derivan diferentes segmentos de riesgo (investigación, desarrollo, producción, venta, distribución, eliminación de desechos, etc.), al frente de los cuales se sitúa a diferentes empleados. Sin embargo, cuando se trata de la gestión de grandes riesgos representados por la empresa en sí misma en cuanto que desarrollan actividades que de por sí poseen un inmenso potencial peligroso, como por ejemplo en el ámbito de la industria química o nuclear, la delegación de la responsabilidad de la gestión de los niveles generales de seguridad está excluida desde el principio.

resultativos, ello significara la punición de quien infrinja el deber que ha asumido, siempre que se den los restantes requisitos para ello⁹⁴.

La cuestión subyacente, que convierte en básica esta modalidad de imputación, resulta ser el progresivo alejamiento entre la ejecución material y la atribución de responsabilidad por el hecho⁹⁵. De ahí que deba plantearse si la delegación, como mecanismo imprescindible de las formas organizativas descentralizadas de las empresas, -que se sirven de la transmisión de ámbitos de dominio y decisión a personas que dirigen determinadas secciones de las mismas-, implica una liberación simultánea de la responsabilidad penal del delegante por los hechos cometidos en el respectivo ámbito de competencia del delegado.

En tal sentido: a) Si con la delegación “migran” también los deberes de garantía; b) si es posible (y lícita) una delegación total con independencia del alcance de la materia; y finalmente, c) si en el caso de que se produzca verdaderamente tal delegación válidamente, ello conlleva una liberación de la correspondiente responsabilidad penal.

En relación con ello, es preciso advertir que si bien es cierto que el mecanismo de la delegación modifica y transforma el contenido del deber primario de garantía (puesto que en principio el delegante se ve descargado de deberes) no lo es menos que el delegante no queda completamente liberado, dado que su deber originario no desaparece.

Así, y haciendo referencia a la delegación de funciones vigilancia, FRISCH explica que a través de la misma, el delegante se descarga de deberes, pero no queda totalmente liberado. Pues, en virtud de la titularidad primaria que ostenta sobre dicho deber de vigilancia, esta obligado, por ejemplo, a delegar su deber únicamente en personas que estén capacitadas para asumir la actividad en que consiste la delegación y que sean suficientemente fiables para ello. En el caso de que la delegación se realice en favor de una persona cuya incapacidad o escasa fiabilidad resultaba cognoscible, el delegante será responsable especial del resultado que eventualmente se produzca. Igualmente el órgano directivo de la empresa continua teniendo un deber de vigilancia, cuyo contenido es variable según los casos: en definitiva, el deber de llegar a la convicción (a través, por ejemplo, de la realización regular de inspecciones, o de la rendición de cuentas) de que el subordinado está cumpliendo lealmente con el deber que le ha sido asignado. Y la infracción de este deber de vigilancia puede fundamentar también una responsabilidad por el resultado producido. Finalmente, el órgano

⁹⁴ Cfr. FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo”, ob. cit. pág. 121.

⁹⁵ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Criterios de asignación de responsabilidades en estructuras jerárquicas”, en Bacigalupo (Dir.), Empresa y delito en el nuevo código Penal, Madrid, CGPJ, 1997, pág. 14.

directivo de la empresa está obligado a intervenir en aquellos casos en los que sea evidente que no puede esperarse del subordinado en principio obligado que cumpla con su deber, y muy especialmente cuando dicho deber se refiera a la evitación de un peligro inminente⁹⁶.

Por su parte, SCHUNEMANN habla de “cotitularidad de la custodia”. En efecto, el hecho de poseer el deber de garantía original comporta la permanencia de una serie de deberes o competencias, puesto que con independencia ya de la obligación primaria de delegar únicamente en personas capacitadas para asumir la actividad objeto de la delegación, el órgano directivo delegante continúa teniendo (“competencia residual”) un deber de vigilancia o supervisión sobre el delegado, de contenido variable según los casos que, en esencia, le obliga a comprobar periódicamente si este último cumple realmente con el deber que se le ha asignado, y en caso negativo, a corregirlo o sustituirlo⁹⁷.

En esa misma dirección, SILVA SANCHEZ destaca con suma agudeza que la delegación, que en rigor empieza ya en el nivel de los órganos de administración, tiene como efecto inmediato modificar las situaciones de competencia de partida, lo que conlleva una transferencia de responsabilidad⁹⁸. Sin embargo, la nueva posición de garantía del delegado generada a partir de la “asunción de funciones de control de riesgos”, no cancela la posición de garantía que ostentaba el delegante (que, a su vez, es también delegado: de la “empresa”, como sucede en el caso de los administradores; o de los administradores, como sucede en los altos directivos; o de éstos, y así sucesivamente)⁹⁹.

Como ejemplos de títulos de responsabilidad del delegante, derivados de los deberes que integran su posición originaria o residual de garantía cabe mencionar: la infracción de deberes en la selección, formación, información o dotación de medios económicos y materiales del delegado; la infracción de deberes de coordinación de esferas funcionales de los diversos delegados; la infracción de deberes de vigilancia y supervisión, etc.

Al respecto, resulta especialmente clarificador PEÑARANDA RAMOS cuando refiere que ciertamente una delegación válidamente realizada implica hasta cierto punto una liberación de las propias obligaciones, en cuanto que su cumplimiento queda confiado a otras personas, y modifica el contenido del deber originario, generándose otros deberes secundarios

⁹⁶ Cfr. FRISCH. Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo”, ob. cit. Pág. 121.

⁹⁷ La opinión de SCHUNEMANN es citada por MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, en “Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General”, ob. cit. Pág. 509.

⁹⁸ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Criterios de asignación de responsabilidades en estructuras jerárquicas”, ob. cit. pág. 15.

⁹⁹ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Criterios de asignación de responsabilidades en estructuras jerárquicas”, ob. cit., pág. 15 y 16.

o derivados (por ejemplo de supervisión y control de la actividad del delegado o encargado y de su capacidad y disposición para el desarrollo adecuado de sus funciones). Y a seguido este autor aclara que, en todo 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 terceros¹⁰⁰.

A su vez, y a partir del hecho de que el delegante conserva parte de su deber originario, una de las cuestiones de mayor importancia práctica será la consistente en determinar la medida del deber de vigilancia o supervisión, dado que habrá de situarse en un término medio con el fin de evitar que, por exceso, la delegación se convierta en un mero dominio mediato (que anule la ventaja intrínseca de multiplicación de este método y que obstaculice la necesaria expansión de la actividad empresarial) o, por defecto, quede prácticamente eliminada la posición de garantía del delegante. La fijación de ese deber de vigilancia dependerá del tipo de actividad y de las características personales del delegado, en el sentido de que cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante, y que cuanto mayor sea la cualificación y experiencia del delegado menor podrá ser la actividad de vigilancia¹⁰¹. Por lo demás, dicho deber de supervisión lleva aparejado en su caso un deber de intervención cuyo contenido puede consistir bien en una actividad de corrección de la actuación del delegado o bien en una actividad de promoción de esa actuación.

Todo lo dicho resulta válido no sólo para los casos de delegación vertical, sino también para los de división de la dirección en distintos departamentos, con varios directores del mismo nivel. Aunque, ciertamente la descarga de deberes en este segundo caso –y si la división es adecuada–, resulta aún mayor, en virtud de la mayor autonomía de cada uno de los sujetos especialmente competente. Esto tiene la consecuencia de que, por ejemplo, la realización de controles pueda ser eliminada, bastando con que se presenten informes de forma regular al consejo de administración¹⁰².

f) La responsabilidad penal del delegante.-

¹⁰⁰Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en el ámbito respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, en *Liber amicorum* en homenaje al Profesor Antonio GONZALEZ- CUELLAR GARCIA, Ed. Colex, Madrid, año 2006, pág. 421.

¹⁰¹ Cfr. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, ob. cit. Pág. 222.

¹⁰² Cfr. FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo”, ob. cit. 121 y 122.

Como una última cuestión, y respecto a la responsabilidad penal que cabe atribuir al delegante, hay quienes consideran que resulta ser autor en comisión por omisión el órgano directivo delegante que infringe dolosa o imprudentemente su deber de intervención o incluso su deber de vigilancia y que, con dicha infracción, ocasiona un hecho delictivo ejecutado materialmente por el delegado¹⁰³.

Y en tal sentido, se subraya que la imputación del hecho a título de autoría al órgano directivo delegante no compromete el principio de la responsabilidad penal personal, ni siquiera en el caso de que el delegado actúe de forma dolosa, puesto que no son el ánimo y el conocimiento del delegado los que proporcionan el factor decisivo para enjuiciar al contribución del delegante al resultado, sino que dicho factor vendrá dado por la infracción de su deber de garantía y su conexión con el resultado¹⁰⁴.

A soluciones más uniformadoras en cuanto a la calificación a título de autor se arriba por la vía del análisis del fenómeno de la delegación desde la perspectiva del origen de los *ámbitos de competencia*. Según esta postura expuesta por FEIJOO SANCHEZ, la empresa tiene una posición de garante original que es asumida por directivos y administradores y que va generando en cascada o en cadena una delegación de deberes parciales. Este autor ilustra con un sencillo ejemplo de un guardabarrera de RENFE al que corresponde una posición de garante puntual de controlar los peligros propios de la actividad ferroviaria en un paso a nivel concreto. Su posición de garante tiene su origen en haber asumido una tarea concreta de control necesaria para el ejercicio cuidadoso de dicha actividad. Ese sujeto no tiene el deber de que RENFE no sea en general una empresa más peligrosa de lo necesario sino sólo de que viandantes y vehículos no atraviesen la vía férrea en su paso a nivel en el mismo momento en que esta pasando un tren. Ahí reside su deber de cuidado vinculado a su posición de garantía. La relevancia social de la conducta del guardabarreras tiene que ser interpretada en un contexto organizativo en el que las consecuencias de su conducta dependen de otros trabajadores (como, por ejemplo, el maquinista del ferrocarril o el jefe de estación) y de sus superiores en la empresa. La referencia genérica de la doctrina al fenómeno de la delegación no es más que una metáfora de este fenómeno¹⁰⁵.

Y en consonancia con ello, FEIJOO SANCHEZ destaca que en el marco de las actividades realizadas en grupo como las empresariales cobra especial relevancia la

¹⁰³ Vid por todos, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, “Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General”, ob. cit. Pág. 510.

¹⁰⁴ Cfr. LASCURAIN SANCHEZ, José Antonio, “Los delitos de omisión, fundamento de los deberes de garantía”, Ed. Civitas, Madrid, año 2002, pág. 118 y ss.

delimitación objetiva de ámbitos de organización¹⁰⁶. Y al mismo tiempo, según la construcción ofrecida por este autor, la delimitación de los ámbitos de competencia tendría como resultado que aunque alguien sepa o pudiera saber que está favoreciendo una actividad delictiva no se le podrá imputar el hecho típico mientras no tenga que ver con su ámbito de actividad dentro de la empresa¹⁰⁷.

Finalmente, un último sector doctrinal sostiene que si bien el delegante retiene competencias que pueden derivar en la atribución de responsabilidad penal por los hechos ejecutados por el delegado, resulta adecuado sostener que, en general de tales competencias y su defectuosa ejecución no cabe derivar, en el caso de que se produzca un hecho delictivo, una responsabilidad penal a título de autor, sino únicamente a título de partícipe.

De acuerdo con esta concepción, el delegado que ha asumido directamente la función de controlar los riesgos que pudieren resultar de la actuación del subordinado –y pudiendo y debiendo hacerlo, no lo evita-, podría responder a título de autor en comisión por omisión, en tanto que, el delegante que se limita a infringir su deber de supervisión a lo sumo lo haría a título de partícipe¹⁰⁸.

VII) Toma de posición.

En resumidas cuentas, en los casos de responsabilidad penal por el producto, se le atribuye al directivo, sin más, el actuar ilícito de la empresa por el sólo hecho de ocupar un cargo de alta jerarquía que le permite tomar decisiones dentro de la misma.

Asimismo, cuanto más arriba en la escala jerárquica de la organización se encuentra el agente, mayor es la responsabilidad que puede pesar sobre él a la hora de juzgar las lesiones que se ocasionen a terceros como consecuencia de la comercialización de un producto de la firma a la que pertenece.

Como podrá verse, estamos en presencia de una atribución objetiva del resultado lesivo a sujetos que quizá no hayan tenido ningún tipo de injerencia en el mismo, lo cual

¹⁰⁵ Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, ob. cit., pág. 206.

¹⁰⁶ Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, ob. cit., págs. 206. Asimismo, el autor aclara que cuando se refiere al reparto de ámbitos de competencia se está refiriendo a un sentido material y que información como los organigramas internos de una empresa sólo sirven como criterio de ayuda para probar que el elenco de deberes tenían efectivamente determinadas personas dentro de un entramado empresarial.

¹⁰⁷ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, ob. cit., págs. 207. Como ejemplo, el autor destaca que los trabajadores que cargan camiones con mercancía sabiendo que sus conductores están obligados por parte de la empresa a realizar una conducción temerariamente rápida durante el traslado de la mercancía no responden si sucede un accidente. Su ámbito de competencia es sólo que la carga vaya bien colocada. Otra cuestión sería si el accidente se debe a una mala colocación de la carga del camión.

¹⁰⁸ Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, ob. cit., pág. 109.

parecería ser muy eficaz como método de prevención general, sin embargo, a mi humilde entender, se corre el riesgo de que se amplíen demasiado y de manera arbitraria los modelos de imputación, todo lo cual importa desconocer el principio de culpabilidad que debe regir en un estado de derecho.

Ello merece las siguientes reflexiones:

a) En primer lugar, no veo porque motivo debería tener la misma responsabilidad, por la sola razón del cargo que ocupa, el miembro que estuvo ausente, se abstiene o vota en contra en la reunión del consejo directivo en la cual se decidió por mayoría que se continué con la comercialización del producto dañoso, que quien decididamente se pronunció a favor de tal circunstancia.

Por mi parte, considero que no puede justificarse una posición de garante horizontal, para de ese modo imponer una responsabilidad en comisión por omisión respecto de unos administradores por no impedir los eventuales delitos en que pudieran incurrir los otros. Ello así, en virtud de que cada uno de los miembros del órgano colegial actúa a la par de los demás de un modo libre y responsable, y plenamente consciente de la trascendencia de sus actos -no hay uno que tenga el dominio del consejo, ni existe relación de subordinación de unos respecto de otros-.

De ahí que el respeto al principio de autonomía que debe regir en el ordenamiento penal en un estado de derecho, imposibilita cualquier pretensión de legitimar una culpa colectiva, que no haría más que encubrir la consagración de una responsabilidad objetiva por el hecho ajeno.

Por ello, entiendo que a efectos de garantizar de la mejor manera posible la vigencia del principio de culpabilidad debería analizarse en concreto el comportamiento de cada miembro del consejo directivo, de modo particular, en la toma de decisiones, y no como pretende la jurisprudencia, imputar, sin más, “*en situaciones de crisis o casos excepcionales*”, el resultado lesivo a todos los miembros del consejo directivo por el sólo hecho de formar parte del mismo.

b) En segundo lugar, tampoco encuentro explicación plausible para formular un reproche penal, por el sólo hecho de su posición o esfera de competencia dentro del ámbito de una compleja organización empresarial, a un directivo por la no evitación del accionar de un operario de rango inferior que representando a la empresa ocasiona un daño, en los casos en que de ningún modo lo haya podido prever.

Contrariamente a ello, considero que en tales supuestos, el directivo debe quedar exento de punibilidad, ya que en primer lugar surge claro que no es quien ejecuta el hecho ni

tiene el dominio del mismo, y además debe estar amparado por el principio de confianza, que debe regir como una consecuencia de las ventajas que tiene la división del trabajo en los tipos de organizaciones empresariales complejas.

Ello así, máxime teniendo en cuenta la importancia que en la gran empresa o sociedad mercantil moderna tienen los cargos intermedios o los encargados o jefes de una sección, un departamento o una unidad operativa concreta con gran autonomía y enormes capacidades de decisión.

En efecto, no puede pasarse por alto que en las empresas de mayor volumen y complejidad los máximos dirigentes solo deciden sobre políticas muy generales (normalmente pensando a mediano o largo plazo), en tanto que los que tienen la capacidad de organizar la empresa son mandos intermedios de la misma. Hay que pensar que un mando intermedio de una gran empresa puede tener a su cargo una sección de la empresa que equivalga a una empresa mediana o que el que una sección de la empresa sea o no una empresa independiente dentro de un gran consorcio depende en muchos casos de factores casuales o meramente económicos.

Los estudios de sociología de la organización demuestran como en muchas ocasiones los órganos superiores no toman decisiones relativas a hechos concretos, sino que sólo controlan y supervisan la actividad de los cargos intermedios que son los que realmente adoptan las decisiones concretas relevantes y disponen de información decisiva con respecto a la posible lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Todo lo cual implica que para el vértice superior de la empresa sea difícil afirmar en todos los casos que un determinado hecho resultaba previsible y evitable, sobre todo cuando tiene que ver con complejas decisiones técnicas. La complejidad de la interacción dentro de la empresa moderna, el creciente proceso de descentralización y delegación de funciones, dificulta la conducción individual de la misma. Por ello, tanto el dominio objetivo del hecho como el conocimiento subjetivo disminuyen.

En resumen, si bien en los casos de responsabilidad penal por el producto o de delincuencia en el ámbito empresarial, la pretensión de atribuir responsabilidad penal al órgano directivo por la no evitación de hechos ilícitos por parte de sus subordinados no resulta ser una solución descartable, y aparece como un método eficaz de prevención general, de todos modos, -y si es que no se quiere incurrir en una atribución objetiva del resultado lesivo a sujetos que quizá no hayan tenido ningún tipo de injerencia en el mismo-, ella no puede resultar la solución válida con carácter general, sino que sólo podría aplicarse en los casos de empresas pequeñas y medianas con estructuras no muy complejas.

Ello así, puesto que sobretodo en las grandes empresas, con un gran nivel de complejidad y descentralización, sucede que en muchas ocasiones los órganos superiores no toman decisiones relativas a hechos concretos, sino que sólo controlan y supervisan la actividad de los cargos intermedios que son los que realmente adoptan las decisiones concretas relevantes. En consecuencia con ello, en tales casos cuando los inferiores cometen un delito los superiores ni siquiera están presentes y por eso no tienen capacidad objetiva de previsión y de evitación.

c) Sin perjuicio de todo lo anterior, por mi parte, considero que una solución que se ajuste a la responsabilidad penal individual, y al principio de culpabilidad que deben regir en el marco de un estado de derecho podría ser la de crear una figura típica de favorecimiento en virtud de la esfera de responsabilidad. A partir de la misma, se haría responsable penalmente al directivo o miembro de los mandos intermedios de la empresa que, sin caer dentro del marco de la cooperación -por razones objetivas, ante la ausencia de previsibilidad de un concreto hecho principal lesivo, o subjetivas, por falta de dolo del favorecedor respecto de dicho hecho- configuren de un modo inadecuado su esfera de responsabilidad, de manera que ello facilite el obrar ilícito de los operarios subordinados, o integrantes de un departamento, o de determinada unidad organizativa de la empresa.

En esa dirección, no resulta ocioso destacar que la experiencia criminológica demuestra que un problema que se suscita de manera frecuente en el seno de las organizaciones complejas radica en que muchas conductas delictivas pueden llevarse a cabo justamente debido a que la organización o una parte de la misma ha sido configurada de manera deficiente: por ejemplo, porque un departamento de la empresa esta mal organizado, en cualquier aspecto, por quien esta a cargo de su organización. Y que sin embargo, la incriminación de dichas deficiencias de organización a través de las vías tradicionales (autoría directa o mediata, participación) aparece, tanto por razones sustantivas como probatorias, sumamente problemática. De modo que una figura típica como la propuesta haría punible a ese directivo, organizador o director de departamento sobre la base de las siguientes condiciones: primero, que su conducta -de dirección u organización- resultare contraria a sus deberes de conducta, en virtud del cuidado que le fuera exigible; y segundo, que esa deficiente conducta de dirección u organización crease un riesgo, a saber, el de que la unidad organizativa o departamento dirigidos u organizadas por él fuese pasible de ser utilizado para la comisión de un delito. Se trataría de un delito de peligro abstracto de aptitud, aún cuando la aptitud lesiva no se refiriera, como en general, a una acción lesiva del propio autor, sino de un tercero (el operario subordinado).

Así, la responsabilidad del autor de este delito autónomo de favorecimiento debería estar desvinculada de cualquier exigencia de accesoriadad respecto de la conducta del eventual subordinado, de manera que pudiera castigarse por el delito de favorecimiento aún sin necesidad de que se hubiese producido un resultado lesivo (o incluso sin que haya tenido lugar una conducta penalmente típica del tercero).

Por otra parte, este tipo delictivo podría ser castigado tanto a título de imprudencia como de dolo, siendo que en este último caso, se exigiría únicamente la existencia de un dolo de peligro respecto de la aptitud favorecedora para que se produzca el hecho delictivo principal por parte del tercero.

Finalmente, este delito de favorecimiento en virtud de la esfera de responsabilidad podría cometerse tanto por acción como por omisión, puesto que no resultaría inusual que la configuración deficiente de un departamento o unidad organizativa de la empresa, que favorece la comisión de hechos delictivos por parte de los integrantes de la misma, se produzca por la inacción de quien este obligado a intervenir para que el departamento o unidad funcione adecuadamente. De ahí que en este caso nos hallaríamos frente a un supuesto semejante al de una omisión propia agravada por el hecho de la especial función de control asignada al sujeto (omisión pura de garante). Sin perjuicio de ello, debemos advertir que no sería posible acudir a la autoría en comisión por omisión respecto de este delito de favorecimiento, puesto que la atribución en virtud de la esfera de responsabilidad renuncia a cualquier exigencia de equivalencia valorativa con la conducta activa directamente causante del resultado –desde que casi nunca el incumplimiento de un deber de control de riesgos proporciona un grado de control suficiente sobre el curso causal lesivo como para resultar equivalente a la autoría del correspondiente delito de resultado-.

E. La infracción de los deberes como causal de imputación penal.

I) Los delitos de omisión impropia, y la injerencia como fuente de posición de garante.

El problema que subyace en los delitos impropios de omisión –o de comisión por omisión- se centra básicamente en determinar los criterios que fijan las condiciones para poder afirmar que no impedir un resultado equivale a su causación activa¹⁰⁹.

En tal sentido, la cuestión de cuándo son típicamente iguales una omisión y un hacer positivo encuentra su respuesta en una cláusula genérica referida a la posición de garante. A la dogmática y a la jurisprudencia les corresponde elaborar en detalle los elementos que definen

¹⁰⁹ Al respecto no hay que olvidar que tanto en Alemania como en España los códigos penales respectivos cuentan con normas expresas que establecen el deber de actuar (art. 13 del Código Penal Alemán, y art. 11 del Código Penal Español).

esa posición de garante. Pese a los enormes esfuerzos realizados por la doctrina alemana en esta materia, hoy se afirma que ni ella ni la jurisprudencia han alcanzado una solución dogmáticamente satisfactoria sobre esta cuestión. Además, la falta de principios firmes y claros generó una expansión casi ilimitada del campo de aplicación de estos delitos: actualmente se habla de garante en la familia, por la asunción de funciones de protección, del médico, del Estado en la ejecución de la pena, de los policías, por la responsabilidad derivada de la acción de un tercero, por el hacer previo, por una declaración falsa dentro de un proceso penal, por los productos peligrosos, por la responsabilidad propia de determinados ámbitos, etcétera¹¹⁰.

Hay ciertos delitos que sólo pueden cometerse a través de una acción como es el caso del falso testimonio del art. 458 del Código Penal Español, que exige una declaración no ajustada a la verdad en causas criminales o civiles; otros que solo se pueden llevar a cabo por una omisión, como ser la omisión de socorro del art. 195 del Código Penal Español, y finalmente, otros que pueden perpetrarse tanto por medio de una acción como de una omisión, entre los que cabe incluir la mayoría de los delitos de lesión, como los que atentan contra la vida, y las lesiones o los daños que no tienen una forma concreta de comisión.

El criterio que permite establecer una diferenciación entre los delitos de omisión propia y la impropia es la existencia en esta última categoría, de la llamada posición de garante. Al sujeto que ocupa esa posición se le hace responsable del bien jurídico penalmente tutelado, y en caso de no evitar su lesión, se le atribuye ésta de igual manera que si la hubiera causado a través de una acción. Tradicionalmente las fuentes de la posición de garante fueron la ley, el contrato y el hacer precedente o injerencia.

Desde antiguo, el deber de actuar se asentó principalmente en la ley; en otras palabras, sólo podía ser jurídico. Hasta la década de 1930 era casi unánime la opinión de que solamente un deber jurídico y no uno moral podía sustentar una posición de garante. De este modo, se desechaba la posibilidad de que obligaciones extrajurídicas (como por ejemplo, de

¹¹⁰ Cfr. SARRABAYROUSE, Eugenio C., “Responsabilidad penal por el producto”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2007, pág. 584. Al respecto, GIMBERNAT ORDEIG señala que el “eclecticismo ateorico” con el que se aborda la cuestión del garante conduce, por una parte –como continuamente se pone de relieve–, a que se califique la dogmática de los delitos de omisión como un “ejemplo de pensamiento “tópico”, es decir, referido a grupos de casos”, en los que se diseñan simplemente ad hoc, los criterios para la admisión de posiciones de garante”, y por otra parte, a que, al faltar principios firmes y delimitados, el campo de aplicación de la comisión por omisión se extienda cada vez mas: la “tendencia de mancha de aceite”, de la que habló en una ocasión WELZEL, se ha convertido, con el tiempo, en una “expansión ilimitada de los delitos de omisión”. (Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, ADPCP, Vol. L, año 1997, pág. 7).

carácter moral o social) pudieran operar como fuentes¹¹¹. Sin embargo, la escuela de Kiel y las interpretaciones de la época nacionalsocialista produjeron en Alemania una ampliación: con los conceptos del “sano sentido popular” y del llamado “derecho penal de autor” se dejó de lado el “formalismo” de que todo deber de garante debía ser jurídico, para establecer expresamente que también las meras obligaciones morales o sociales podían ser la base del delito impropio de omisión. Después de la Segunda Guerra Mundial un sector importante de la ciencia volvió a pronunciarse a favor de la teoría del deber jurídico, mientras que otro admitió abiertamente deberes extrajurídicos (sociales y morales) pero sin las connotaciones políticas primigenias¹¹².

Ahora bien, tal como se dijera, la tercera fuente tradicional de la posición de garante viene constituida por el hacer precedente o injerencia. De acuerdo con este principio, el que mediante un hacer precedente (injerente) crea un peligro de lesión, responde de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente¹¹³.

El origen histórico de la injerencia se debe a que era necesario cubrir lagunas creadas en ciertos casos de omisión, que eran merecedoras de la misma pena, pero no era posible derivar de la ley y el contrato una posición de garante capaz de fundamentar la responsabilidad penal por no haber evitado el resultado.

¹¹¹Esta opinión se solía y -se suele- fundamentar sobre la base del principio de legalidad. De ahí que, el marido que permitía la muerte de la mujer respondería de un delito contra la vida, pero sólo de una omisión del deber de socorro el joven que omitía salvar la vida de su novia.

¹¹² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, ob. cit., págs. 16 a 19.

¹¹³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, ob. cit., págs. 19 y 20. Por lo que se refiere a España el Tribunal Supremo, por sólo citar algunas sentencias, había estimado ya que respondía del resultado producido el camionero que, después de cargar en su vehículo una pieza cilíndrica de gran peso (hacer precedente) no la calzaba convenientemente (omisión del injerente), deslizándose aquella y aprisionando así a otra persona (STS del 3/5/1980); y quienes mediante un hacer precedente abrían un foco de riesgo –cavaban zanjas o detenían un vehículo- que luego no señalizaban (omisión de los injerentes), produciéndose resultados típicos al colisionar otros vehículos contra los obstáculos de cuya presencia no se había advertido (STS del 10/2/1968 y del 6/10/1980). Por su parte, en Alemania sobre la base de la doctrina de la injerencia se estima por ejemplo: a) Que responde de un homicidio imprudente en comisión por omisión el tabernero que sirve alcohol a un cliente (hacer precedente) quien se embriaga, si luego aquél no impide que éste conduzca en ese estado su automóvil, atropellando y matando a un peatón; b) Que responde de un homicidio *doloso* el conductor que sin dolo atropella a otra persona (hacer precedente), dándose a la fuga y no evitando así la muerte del accidentado a consecuencia de las heridas sufridas, e igualmente, quien, sin querer empuja al agua a otra persona (hacer precedente) y luego no la rescata de perecer ahogada; c) Que responde de una detención ilegal *dolosa* en comisión por omisión quien, sin saber que una persona se encuentra dentro, cierra la puerta de una habitación (hacer precedente), omitiendo liberar al encerrado cuando posteriormente percibe las consecuencias de ese hacer precedente (así, la muy citada sentencia alemana RG 24, 339).

El fundamento de la injerencia como fuente de la posición de garante es el deber *general* de conducir la propia conducta de tal manera que, en la medida de lo posible, nadie resulte dañado. Eso no sólo rige para el primer impulso que se le da al suceso, sino que exige, asimismo, corregir ese suceso, si mas tarde amenaza con llegar a lesionar un bien jurídico¹¹⁴.

Ahora bien, parece razonable que quien ha creado un peligro posea un deber especial de evitar su conversión en lesión, sin embargo no todo hacer precedente condicionante de un resultado típico crea una posición de garante, pues de ese modo, podría llegarse al mismo resultado del *regressum ad infinitum* propio de una teoría causal de la equivalencia de las condiciones llevada hasta sus últimas consecuencias¹¹⁵.

Es por ello que la mayoría de la doctrina se mostró partidaria de establecer presupuestos y límites a la responsabilidad por injerencia. Y en tal sentido, en primer lugar, se ha sostenido la regla de que el actuar precedente fundamenta responsabilidad solamente para aquellos peligros que estén vinculados a él de modo *previsible*. Pues dado que la responsabilidad esta fundamentada por la conducta previa, ella sólo puede extenderse a aquellas consecuencias que, al ser conocibles *ex ante*, también tendrían que haber sido tenidas en cuenta de antemano¹¹⁶. Ilustrando al respecto, STRATENWERTH trae a colación el siguiente ejemplo: Quien enciende un fuego tiene que tener en cuenta, por cierto, los peligros que derivan de este mismo, pero no la posibilidad de que un caballo se desboque o que un niño que anda en bicicleta se distraiga al verlo y pueda sufrir un accidente. Si ocurre algo semejante, sólo queda el deber general de auxilio¹¹⁷.

En segundo lugar, se ha discutido si para fundamentar el deber de garante, la conducta previa debe tener determinada calificación jurídica, en particular, si tiene que ser objetivamente *contraria a deber* o ilícita ya como tal, con independencia de la puesta en peligro. Al principio, ni la jurisprudencia ni la doctrina conocían tal restricción: se sostenía que bastaba no sólo la creación no culpable de un peligro, sino incluso un comportamiento

¹¹⁴Cfr. STRATENWERTH, Günter, “Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible”. Ob. cit., pág. 465. Según este autor, quien por ejemplo esta a punto de talar un árbol, sin duda tiene que avisarle a las personas en peligro si el árbol comienza a caer antes de lo esperado; quien enciende un fuego debe extinguirlo si el viento cambia de tal modo que entre en peligro la propiedad ajena, etc..

¹¹⁵ Al respecto, WELZEL señaló que: “...la fórmula del deber de garante en virtud de un hacer precedente ya es de por sí lo suficientemente amplia (en mi opinión, demasiado amplia); pero en ningún caso debe convertirse en fundamento de responsabilidad para todo aquello vinculado de alguna manera con una sucesión causal al hacer precedente, porque entonces todo se difumina y todo el mundo responde de todo...” (Cfr. WELZEL, Hans, JZ, 1960, JZ, 1960, p.180, la cita ha sido tomada de GIMBERNAT ORDEIG, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, ob. cit. pág. 21).

¹¹⁶Cfr. STRATENWERTH, Günter, “Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible”. Ob. cit., pág. 466.

¹¹⁷Cfr. STRATENWERTH, Günter, “Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible”. Ob. cit., pág. 466.

lícito. Hoy en cambio, aquella cuestión se contesta, predominantemente de modo afirmativo¹¹⁸.

Finalmente, bajo el aspecto de la injerencia se discute también la cuestión de si –y, en caso afirmativo, en que medida–, una conducta en general aprobada o socialmente habitual, que sin voluntad del agente conduce o contribuye al delito de un tercero, convierte a éste en garante de evitar el hecho o sus consecuencias.

Como ejemplo de estos casos, tenemos el del tabernero que sirve alcohol y luego no impide que el cliente embriagado conduzca su automóvil, frente a la antigua jurisprudencia alemana que hacía responsable a aquél, en todo caso, por homicidio imprudente, si el conductor después mataba a alguien negligentemente, la moderna doctrina del BGH, con la opinión favorable de la ciencia, ha rectificado, limitando la responsabilidad del hostelero a sólo determinados casos, a saber: a aquellos en los que el cliente-conductor se embriaga hasta el punto de convertirse en inimputable, o cuando se sirven bebidas alcohólicas a una persona ya embriagada¹¹⁹.

Cabe destacar también que en la actualidad no faltan autores que alzan sus voces en contra del hacer precedente o injerencia como fuente de posición de garantía por considerarla un factor de expansión censurable de los delitos de comisión por omisión. Estos autores

¹¹⁸Cfr. STRATENWERTH, Günter, “Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible”. ob. cit., pág. 466. Al respecto, algunos autores como MIR PUIG con suma agudeza se preguntan ¿por qué la antinormatividad de la actuación precedente ha de convertir la omisión subsiguiente en equivalente a la lesión positiva? ¿No se trata de una manifestación solapada del tan denostado *versari in re ilícita*, según el cual la ilicitud inicial del acto impregna todas sus consecuencias?. De ahí que el mencionado autor considere que la antinormatividad sólo ha de importar en cuanto condicione la posibilidad de imputar al sujeto el peligro creado por su acción, y en ese orden de ideas, destaca que la posición de garante requiere que, por una u otra vía, tenga lugar una creación o aumento del peligro que sea atribuible a su autor. Pues bien, el peligro creado por un accidente en la persona de la víctima no es, sin duda atribuible al causante del accidente si éste no pudo o no debió preverlo, que es lo que sucede cuando falta imprudencia. Esta es la razón por la cual la falta de “antinormatividad” anterior excluye en este caso la posición de garante (Cfr. MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pág. 325). Ciertamente, la discusión respecto a la necesidad o no de la ilicitud de la conducta anterior gira en torno a un grupo de casos bien diferentes. En primer lugar, se trata de una conducta previa que esta amparada por un derecho de intervención: aquel que ha ejercido una legítima defensa ¿debe auxiliar a continuación al agresor si este ha quedado herido?. En este punto podría ser decisivo que si es lícito irrogar la lesión, también lo será el ocasionar el peligro que deriva de ella. Queda tan sólo el deber general de auxilio. Sin embargo, es dudoso que esto rija por igual para todos los derechos de intervención: aquél que se ha salvado en estado de necesidad (justificante) a costa de un sujeto no implicado, ¿no debería estar obligado a reducir tanto como le sea posible las consecuencias de su intervención?. Ello se correspondería también con su deber de indemnizar.

Tiene gran importancia práctica las exigencias puestas a la conducta previa, sobre todo en atención a los deberes de auxilio del automovilista que ha causado un accidente. Al respecto, entre tanto, la *praxis* se ha manifestado claramente en el sentido de que la utilización de un vehículo en forma completamente adecuada al derecho de tránsito *no* fundamenta un deber de garante cuando ella conduce a la lesión de otro participante en el tránsito. Pero si el automovilista causa el accidente mediante una conducta contraria al cuidado y no auxilia a la víctima conociendo su lesión responderá, según las circunstancias del caso, por lesiones dolosas u homicidio doloso, en grado de consumación o tentativa. Esto en gran medida esta fuera de discusión.

¹¹⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, ob. cit., págs. 25 y 26.

propugnan la negación del actuar precedente mismo (injerencia) como fundamentación por sí solo del deber de actuar.

En esa dirección, SCHUNEMANN señala que una vez que ha tenido lugar el hacer precedente (por ejemplo, una vez que se ha atropellado sin dolo al peatón) el injerente se encuentra frente al ulterior acontecimiento, ontológicamente igual que cualquier otra persona, por lo que las sucesivas etapas del proceso causal se le pueden imputar a su esfera de dominio sólo sobre la base del acto desencadenante. Cuando el injerente se convierte repentinamente en doloso, ello es un dolo sin dominio y, por consiguiente una mala voluntad sin hecho. Un dominio requiere un sustrato material sobre el que actúa; y este no lo puede constituir el mero proceso causal, si no se quiere incurrir en el error de equiparar el dominio (actual) con la posibilidad de evitación (potencial). Ahora es posible percibir, sigue exponiendo SCHUNEMANN, lo que es en el fondo la responsabilidad por injerencia: Una sucesora compensada por el principio de culpabilidad del *dolus indirectus* del Derecho común, un principio del *versari in re illicita* reducido al *dolus subsequens*. Si bien mediante la exigencia de una posibilidad de evitación se suprime el fallo cardinal de ese antiguo principio, no obstante sigue en pie que se imputan las consecuencias de la acción no en virtud de la culpabilidad por el hecho, sino en virtud de una actitud subjetiva del autor existente en un momento posterior:...la mala voluntad pasiva se equipara a la acción injusta activa”.

Concretamente entonces, sobre la base de estas consideraciones, es decir: de que no se puede imputar un resultado (doloso) de muerte a quien cuando desencadena el proceso causal (por ejemplo: mediante el atropello fortuito o imprudente) no actuaba dolosamente, porque ello supondría dar entrada de alguna manera al *dolus subsequens*, SCHUNEMANN rechaza que la injerencia pueda servir de base a una omisión impropia¹²⁰.

¹²⁰ Esta postura crítica de SCHUNEMANN a la injerencia como fuente de posición de garante fue tomada del trabajo de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición”, ob. cit., págs. 27 y 28. Del mismo modo, en la doctrina española se ha objetado que todo actuar precedente contrario al cuidado origine una posición de garantía, sobre la base de los supuestos de la modalidad agravada de omisión pura del art. 195 NCP. En dicho artículo, el propio legislador establece que no todo actuar precedente, aunque sea antijurídico, y culpable, coloca al sujeto en una posición de garante y le hace responsable criminalmente por el resultado típico, cuya evitación se hubiera logrado prestando el debido auxilio. En esa dirección, PEREZ CEPEDA destaca con suma agudeza que a diferencia de la regulación anterior, en el art. 195 NCP se distingue entre si el actuar precedente ha sido fortuito o imprudente, castigando este último supuesto con una pena más grave. En tales circunstancias, resulta claro, que tanto en los casos en los que el accidente sea fortuito, no habiéndose realizado en realidad injerencia alguna, así como, cuando el actuar precedente ha sido ilícito por imprudencia, se establece una responsabilidad por la no evitación del resultado. En este último supuesto, si como ha defendido parte de la doctrina es suficiente para cumplir los presupuestos normativos de la injerencia, cabe plantear el siguiente interrogante; ¿por qué en este caso no se castiga como un delito de omisión por omisión, en lugar de ser un supuesto agravado de la omisión de socorro?. La respuesta puede tener dos soluciones posibles: a) Desde una interpretación de *lege lata*, sólo es posible decir, para no caer en contradicciones, que el legislador, aunque no lo determine expresamente, sólo reconoce la injerencia como fuente de la posición de garante, cuando el actuar precedente haya sido cometido dolosamente; b) Por el

II) El problema de la comisión por omisión y la posición de garante del empresario por injerencia en el caso “LEDERSPRAY”.-

En el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, para que una determinada acción de un fabricante en la cadena de elaboración de productos sea jurídicamente desaprobada, y con ello, contraria a deber¹²¹, deberá poderse determinar ex ante que esta vinculada a un riesgo para bienes jurídicos, y que prevalezca el interés tutelable sobre la ejecución de la acción.

Así, en la sentencia del caso “LEDERSPRAY”¹²² el Tribunal Supremo Federal alemán enfrentó serias dificultades para justificar una posición de garante del productor, puesto que la peligrosidad del producto no se conocía durante su elaboración ni antes de su

contrario, de *lege ferenda*, cabe proponer que, ya que en el Código se establece un supuesto de actuar precedente imprudente (art. 195 NCP), que no da lugar a una responsabilidad por injerencia en comisión por omisión, lo mejor sería negar la injerencia como fuente de la posición de garante, eliminando así cualquier vestigio de responsabilidad objetiva. Y sobre esta base afirmar que la razón de la agravación del art. 195. 3 se debe a que puede constatarse una posición de garante en sentido genérico, pero, sin embargo, falta la asunción específica posterior de control de la situación peligrosa a través del cual el sujeto se compromete a salvaguardar el bien jurídico que puede resultar conculcado. Estamos pues, como ha señalado SILVA SANCHEZ, ante un supuesto de omisión pura de garante, donde el desvalor de la conducta típica es menor a la causación activa y mayor a la de la omisión propia del deber de socorro. (Cfr. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, “La responsabilidad de los administradores de sociedades. Criterios de atribución”, ob. cit., Capítulo II, punto VI, A 2.3).

¹²¹ Como es sabido, la fabricación de productos está unida al cumplimiento de una serie de reglas y deberes que garantizan la calidad y la seguridad del producto.

¹²² En efecto, el Tribunal Supremo Alemán en su Sentencia de 6 de julio de 1990 (BGH St, 37, 106), se ocupa del caso de una empresa que desde hacía bastante tiempo se dedicaba, entre otras actividades, a la fabricación de aerosoles para el cuidado de artículos de cuero y piel. Los productos habían sido distribuidos sin problemas durante años, y su entrega se realizó primero conforme a cuidado y, por tanto, de forma ajustada a deber. Las cosas cambiaron cuando, en un breve periodo de tiempo, empezaron a llegar al fabricante informes sobre daños a la salud, algunos graves, producidos tras el empleo del spray para pieles. Que los spray hayan sido realmente los causantes de los daños, es una cuestión que aún hoy se desconoce. Pero tampoco se advertía otra razón más plausible que explicara los informes de los daños que se acumulaban. Así, frente a las primeras noticias de los daños que estaban causando los sprays hasta entonces considerados inocuos, se decidió en la empresa realizar investigaciones internas que no lograron evidenciar defecto alguno de fabricación, no obstante lo cual, a principios de 1981 se introdujeron algunas modificaciones en la composición del producto. Sin embargo, y como a pesar de ello continuaron llegando noticias de ulteriores consumidores que padecían daños en su salud, el 12 de mayo de 1981 tuvo lugar una reunión de crisis de los directivos de la empresa, a la que asistió el jefe del departamento de química de la firma, quien señaló que, “de acuerdo con las investigaciones realizadas hasta ese entonces, no existía indicio alguno de propiedades tóxicas ni, consiguientemente, de peligrosidad de los sprays, por lo que no se apreciaba tampoco motivo alguno para la retirada del producto del mercado”, propuesta que fue asumida unánimemente por los directivos que por ello decidieron continuar con la comercialización del mismo – ocasionando así ulteriores daños en la salud de consumidores, hasta que el 20 de septiembre de 1983 toma intervención la Oficina Federal de Salud que ordena la paralización de las ventas y la retirada de los aerosoles que se encontraban en el mercado-. Partiendo de esa base fáctica, el BGH distingue, como ya lo había hecho primeramente el Tribunal de instancia (La Audiencia Provincial de Mainz) entre, por una parte, 10 lesiones dolosas cometidas por acción, en relación con la decena de consumidores que resultaron afectados en su integridad física por sprays que fueron producidos o introducidos en el mercado después de la junta del 12 de mayo de 1981 -. Por otra parte, condena, en cuatro casos por lesiones imprudentes en comisión por omisión por no haber retirado el producto del mercado cuando se tuvo las primeras noticias acerca de su nocividad, y antes de la reunión del 12 de mayo. Finalmente, y por lo que se refiere a los daños en la salud ocasionados por aerosoles no retirados del mercado después de la reunión de mayo -28 casos-, el BGH condena por lesiones –ahora ya dolosoeventuales, a la vista de la conciencia que los directivos habían adquirido entretanto de la peligrosidad del producto- en comisión por omisión.

puesta en circulación sino que apareció posteriormente. Por lo tanto, estaba ausente el hacer precedente contrario al deber (injerencia) que pudiera fundamentar un delito impropio de omisión por no haber retirado el producto del mercado.

Además, el producto había sido consumido durante un largo tiempo sin problemas por parte de los usuarios y no existía un error de fabricación o diseño. El resultado de lesiones en los consumidores sobrevenido posteriormente fue imprevisible y tampoco pudo establecerse cual de las sustancias contenidas en el producto produjo los daños en la salud.

Concretamente, en el caso “LEDERSPRAY” se planteó desde cuando el fabricante (por consiguiente la sociedad de responsabilidad limitada) actuaba de forma contraria a deber, distinguiendo cuatro tramos temporales que merecen calificaciones jurídicas distintas:

Siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG, y teniendo en cuenta que en un principio los aerosoles para el cuero se habían fabricado de acuerdo a los conocimientos técnicos, sin que nada hiciera prever que podían resultar peligrosos para la salud, y que, de hecho, durante un período prolongado de tiempo, nadie sufrió quebranto físico por su utilización, las primeras lesiones padecidas por los usuarios al cabo de varios años de comercialización de un producto aparentemente inocuo no fundamentan condena alguna, dado que el resultado típico debe ser reconducido –por ausencia de dolo y culpa- a un caso fortuito.

El segundo período temporal da comienzo a partir de que a la empresa productora comienzan a llegar las primeras noticias que hacen sospechar que los aerosoles hasta entonces tenidos por inofensivos estaban ocasionando, según todos los indicios, lesiones a los consumidores. La no retirada entonces del producto –cuando ya existían datos que señalan que el aerosol puede ser peligroso, por mucho que se desconozca cuál es la sustancia concreta que provoca las enfermedades- constituye para el BGH una imprudencia y, en concreto, y como la conducta consiste en la pasividad de permitir que se continué utilizando el producto, una imprudencia en comisión por omisión por cuatro casos de lesiones.

El tercer período se inicia después de una reunión del Consejo de Administración de la empresa, que se llevó a cabo el 12 de mayo de 1981, en donde a pesar del conocimiento de los daños a los consumidores que ya se tenían, se decide no retirar el producto del mercado. La acumulación de indicios de que los aerosoles para el cuero eran efectivamente peligrosos para la salud y la persistencia en la no retirada del producto, cambia el título de imputación inicialmente imprudente, estimándose que a partir de ese momento las 28 lesiones posteriores deben ser consideradas cometidas, igualmente, en comisión por omisión, pero ahora ya a título doloso-eventual.

Finalmente, la conducta activa de introducir nuevos aerosoles en el mercado, después de la reunión de mayo, es calificada por el BGH de lesiones dolosas por acción¹²³.

Dentro de ese esquema temporal resultan relevantes para el análisis, los períodos segundo y tercero, relativos a la atribución de responsabilidad al empresario por las lesiones causadas a los consumidores en comisión por omisión. Ello así, puesto que plantean la cuestión de cómo se puede eventualmente demostrar que existe una obligación de garante del empresario de retirar productos, teniendo en cuenta que éstos fueron puestos en el mercado sin dolo ni imprudencia, dado que nada hacía prever su nocividad en los primeros años de comercialización.

III) La postura de la Audiencia de Mainz acerca de la comisión por omisión del empresario. Deberes de aseguramiento del tráfico.-

El tribunal de instancia, la Audiencia Provincial de Mainz, fundamentó la existencia de lesiones (imprudentes, en un primer grupo de casos; dolosas en el segundo) en comisión por omisión, sustentando la posición de garante del empresario por no retirar los productos peligrosos del mercado, a partir de la idea proveniente del ámbito juridicoprivado del deber de asegurar el tráfico.

En efecto, la sentencia del BGH del 6 de julio de 1990 resume así la posición adoptada por la Audiencia de Mainz: *“La Sala de lo Penal (la Audiencia de Mainz) deduce este deber de impedir el resultado (de retirar el producto del mercado) del deber juridicoprivado de aseguramiento del tráfico, a saber, del deber de observación del producto, y se apoya directamente en los principios que han sido desarrollados por la jurisprudencia del BGH (Sala de lo Civil) para el ámbito de responsabilidad juridicoprivada por el producto. Ciertamente que existen argumentos para afirmar que los mismos deberes que son determinantes para la responsabilidad civil por el producto pueden constituir también el fundamento de la responsabilidad penal, especialmente porque la obligación de indemnizar por los daños de productos defectuosos se concibe como un supuesto de responsabilidad extracontractual (...). Pero, por otra parte, los principios de responsabilidad del Derecho Civil, orientados a la reparación del daño, no deben ser utilizados automáticamente para determinar la responsabilidad penal. Si –y, en ese caso, en que medida- los deberes civiles de prevenir los daños coinciden con los fundamentadores de la responsabilidad penal, no es necesario decidirlo en esta sentencia. Pues en cualquier caso aquí, sobre la base de los hechos probados, se daba una posición de garante de los acusados que, de acuerdo con los*

¹²³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del spray para el cuero y de la colza”, ob. cit. págs. 3 y 4.

principios juridicopenales, les obligaba a impedir el daño. Esta posición de garante se sigue de un comportamiento peligroso previo contrario a deber (injerencia)”.

Se aprecia así que la idea que subyace en la Sentencia de la Audiencia de Mainz de que las lesiones producidas por los aerosoles se han realizado –primero, imprudente, y luego, dolosamente-, en comisión por omisión, se asienta en que los deberes del tráfico obligaban a los directivos, como garantes, a retirar los productos del mercado, con lo que se hubieran evitado los daños a la salud que sufrieron diversos consumidores.

IV) La doctrina que comparte la tesis de los deberes de aseguramiento del tráfico.-

La tesis de los deberes de aseguramiento del tráfico que emerge de la Sentencia del Tribunal de Mainz extrae la posición de garante del empresario del comportamiento previo, pero sin exigir una infracción del deber, sino que se contenta con que dicho comportamiento permitido aumente o cualifique el riesgo.

En tal sentido, SEELMAN sostiene que si los peligros que exceden de lo habitual tienen consecuencias dañosas, en ese caso, el obligado es responsable, independientemente de que el comportamiento previo sea o no contrario al deber, y a no ser que la víctima, imputablemente, se haya puesto en peligro por sí misma...Con ello decae también el argumento de que los deberes de salvamento para el obligado al aseguramiento del tráfico no serían compatibles con la responsabilidad por injerencia (limitada, supuestamente, al comportamiento precedente contrario a deber)¹²⁴.

Para FREUND ciertas actividades relacionadas con fuentes de peligro generan responsabilidades especiales. De manera general, quien ejerce actividades riesgosas tiene implícita o explícitamente la obligación de actuar para evitar el peligro. Quien no quiera aceptar esta obligación no está autorizado a ejercer tales actividades, pues nadie puede pretender los beneficios correspondientes a su actividad sin realizar las contraprestaciones adecuadas¹²⁵.

Partiendo de esa base, FREUND considera que la peligrosidad del producto...puede resultar también de que, aunque al introducirle en el mercado se haya respetado el standard de seguridad exigible, a posteriori surjan peligros en cuya evitación existe un interés lo suficientemente importante. A su vez, el mencionado autor defiende la siguiente solución: “La cuestión...del comportamiento (omisivo) típico y equivalente a la acción es más difícil en los casos en que ciertos peligros –en los que hasta entonces nadie había pensado ni, de acuerdo

¹²⁴ La opinión de SEELMAN fue tomada de SARRABAYROUSE, Eugenio C., “Responsabilidad penal por el producto”, ob. cit., pág. 593.

con un enjuiciamiento normativo correcto, nadie tenía que pensar- sólo se ponen de manifiesto a posteriori, es decir, en aquellos casos en los que una responsabilidad (juridicopenal) no se puede vincular a una lesión de la norma de comportamiento cometida en (o hasta) la introducción en el comercio del producto. Ya hemos visto anteriormente, en conexión con peligros inmediatos del propio círculo organizativo, que la mera circunstancia de que un peligro haya surgido del propio círculo originario de organización, de una manera que jurídicamente es irreprochable, no significa nada sobre...la no responsabilidad por ese peligro. Un tal desplazamiento total del riesgo por los daños a la víctima potencial no es, en absoluto la solución adecuada al conflicto de intereses que hay que regular. Esto es algo que nos pueden mostrar precisamente ciertas constelaciones de casos derivados de productos. En todos ellos hay que pensar, preferentemente, en la responsabilidad por peligros derivados de medicamentos, lo cual no termina, en modo alguno, con la venta de un preparado concreto, sino que conlleva actividades evitadoras de daños, mientras ello sea posible, es decir, mientras lleven a deberes de observación, de retirada del producto y de advertencia¹²⁶.

También JAKOBS señala que “dado que en los riesgos especiales no se trata especialmente de riesgos de acciones, sino de la imputación de esferas de riesgo, es posible el deber de salvación también como consecuencia de la mera responsabilidad por cosas o actividades, es decir, como deber de relación prolongado. El ejemplo utilizado por este autor es el del dueño de una empresa química, que en caso de accidente (escape de una nube de gas venenosa), “esta obligado a salvar, debido al peligro especial de la actividad, y ello sin tener en cuenta su comportamiento previo en relación con este suceso en especial”¹²⁷.

En sentido similar, BRAMMSEN ha desarrollado la tesis –formulada en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto-, según la cual la posición de garante derivada del deber de vigilancia del productor de mercancías dañinas para la salud le obliga a una retirada de las mismas, con independencia de si los productos se hallan todavía en el ámbito de la empresa, o ya han sido comercializados. De modo que el autor no comparte la opinión de que esta posición de garante debe limitarse a los casos en que existe una relación de dominio físico real sobre la cosa. A los deberes de retirada corresponden expectativas de comportamientos efectivos y reales, y ellos existen con independencia de si los productos

¹²⁵ La opinión de FREUND fue tomada de SARRABAYROUSE, Eugenio C., “Responsabilidad penal por el producto”, ob. cit., pág. 594.

¹²⁶ Esta postura de FREUND es citada por GIMBERNAT ORDEIG en “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, ob. cit., pág. 53, nota n° 133.

¹²⁷ Cfr. JAKOBS, Gunther, “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación” 2° Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 985.

todavía se encuentran dentro del ámbito de la empresa, en el comercio o en manos del consumidor¹²⁸.

V) Las críticas a la tesis de los deberes de aseguramiento del tráfico.-

Frente a esa 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 realmente ocasionados, se ha objetado que tales deberes sólo fundamentan una posición de garante mientras el obligado tiene la cosa bajo su dominio, pero no cuando aquella ha salido de su esfera de influencia y, como en el caso LEDERSPRAY y por ejemplo se encuentra ya en manos de los consumidores¹²⁹.

En otras palabras, quienes rechazan la existencia de una posición de garante derivada de los deberes de aseguramiento de tráfico, consideran que dichos deberes sólo entran en juego mientras el omitente tiene el dominio de la cosa, es decir, mientras, por ejemplo, en el caso del producto –aerosol, medicamento, conserva alimenticia, etc.- éstos están siendo elaborados y puestos a punto para ser introducidos en el comercio: si durante ese tiempo de dominio, y a consecuencia de una omisión contraria a deber, porque, por ejemplo, la mercancía no es sometida a un control preceptivo, aquella sale al mercado defectuosamente, produciendo la lesión de bienes jurídicos, entonces dicha lesión le será imputable al responsable como omisión impropia por infracción de los deberes del tráfico; pero si, durante el tiempo de dominio al que nos acabamos de referir, la persona o personas competentes se comportan conforme a derecho y no realizan ninguna acción u omisión que no sean las correctas –contempladas *ex ante*-, y no obstante la observancia

¹²⁸ La postura de BRAMMSEN es tomada de DEMETRIO CRESPO, “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, ob. cit., pág. 132. A su vez, BRAMMSEN explica que el llamado deber de retirada del producto, materialmente, no es más que una concreción específica –derivada de su posición– del deber general de aseguramiento del garante-vigilante, es la transformación del deber de aseguramiento “relativo a la empresa” bajo las condiciones típicas cotidianas. Una transformación así en deberes de garante del garante-vigilante no es en absoluto desacostumbrada, como lo demuestra la transformación –generalmente aceptada– de deberes de aseguramiento en deberes de vigilancia, de organización o de salvamento. De acuerdo con ello, BRAMMSEN concluye que si se quieren hacer compatibles los deberes penales de retirada del producto con el concepto de responsabilidad del derecho vigente, con las premisas de la teoría personal de lo injusto y con los principios de la doctrina del garante, entonces el recurso al hacer peligroso precedente (injerencia) –esto es: el recurso al que acude el BGH en su sentencia del “LEDERSPRAY” aparece como un principio de fundamentación inapropiado. El fundamento que origina estos deberes de evitación del daño no es el hacer precedente, sino la facultad –de hecho o de derecho– de influjo, de dominio o de disposición del fabricante sobre los productos defectuosos. Los deberes juridicopenales de retirada del producto son un caso de aplicación de los deberes de aseguramiento en el ámbito empresarial, esto es, de los deberes de vigilancia. (Esta última opinión de BRAMMSEN es citada por GIMBERNAT ORDEIG en “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, ob. cit., pág. 54, nota n° 137).

previa del cuidado debido, se pone de manifiesto algún defecto del producto, entonces –como el producto ya ha salido de la esfera de dominio del fabricante-, este se encuentra frente a los daños que eventualmente pueda causar la mercadería en la misma situación que cualquier tercero, y sólo se le podrá hacer responsable, en consecuencia, de una omisión del deber de socorro, pero no de una impropia: de acuerdo con esta tesis, por consiguiente los deberes de aseguramiento del tráfico sólo generarían –desde el punto de vista de la comisión por omisión- deberes de aseguramiento como tales pero no deberes de salvamento.

En este sentido, y argumentando su rechazo a admitir, sobre la base de los deberes del tráfico, una responsabilidad por omisión impropia por la no retirada de un producto que fue introducido en el mercado mediante una acción previa conforme a deber, escribe SCHUNEMMAN: “Lo que en definitiva hace el BGH (en la sentencia del LEDERSPRAY) es transponer íntegramente al Derecho penal el deber de retirada del producto desarrollado en las responsabilidades extracontractuales del Derecho civil, lo que no puede convencer. La obligación jurídica privada de retirada del producto es un derivado de la pretensión quasinegatoria y, por ello, en Derecho civil puede deducirse convincentemente, siendo el deber de observación del producto –desarrollado igualmente en Derecho civil- precisamente el que crea los presupuestos del deber de retirada del producto. Pero para la imputación penal el papel decisivo lo desempeña, no la pretensión negatoria del Derecho privado, sino el principio del dominio, y, de acuerdo con este, no es posible poner en cuestión que el fabricante ha perdido cualquier dominio de la cosa sobre el producto que se encuentra ya en el comercio. Su conocimiento –adquirido tal vez con posterioridad- sobre la peligrosidad del producto no puede, por sí sólo, sustituir al inexistente dominio, pues ese conocimiento lo pueden tener muchos –por ejemplo, una organización de prueba de materiales, la organización de consumidores o la policía- sin que nadie pueda pensar que a éstos les corresponde una posición de garante. Por consiguiente y en principio, estamos sólo ante un deber de socorro conforme al § 323 c) StGB, que afecta por igual a cualquiera que posea la información¹³⁰.”

En sentido similar, ROXIN señala que aún cuando se creyera correcto el resultado al que se llega mediante la tesis de los deberes del aseguramiento del tráfico, éste se alcanza con gran dificultad si se lo desvincula de cualquier base real. El problema surge a partir del momento en que el producto deja el ámbito de la empresa y llega a manos del consumidor o del vendedor. En esos casos ya no puede hablarse de una vigilancia ni de la posibilidad de

¹²⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, ob. cit., pág. 62).

¹³⁰ Cita esta opinión de SCHUNEMANN, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, ob. cit., págs. 63 y 64.

intervenir. Desde ese instante, los fabricantes no pueden vigilar más. La preocupación de cada propietario actual por respetar las advertencias de los productores sólo le compete a él y por ende no puede generar ningún deber de vigilancia para el fabricante. En concreto, según ROXIN, si las mercancías han abandonado el ámbito de dominio real del productor y se hallan en posesión de comerciantes desconocidos o de los consumidores, no es posible hablar sin más de una vigilancia para la que no se dan las posibilidades reales de acceso¹³¹.

VI) La postura del BGH acerca de la comisión por omisión del empresario por el hacer precedente o (injerencia).-

Tal como se viera más arriba, el Tribunal Supremo Federal Alemán, sustenta la comisión por omisión del empresario por no retirar el producto una vez conocidos los daños que estaban causando, en el hacer precedente de aquellos de haberlo introducido en el mercado. Pero teniendo en cuenta que en aquel momento –en el de la acción- no era cognoscible de que se tratara de un producto defectuoso, y que la tesis que se había ido imponiendo acerca del criterio de la injerencia, tanto jurisprudencial como doctrinariamente – y a fin de evitar un *regresum in infinitum*- era que la acción previa, para poder fundamentar una responsabilidad penal por injerencia, tenía que ser contraria a deber, por ello el BGH se ve obligado a acudir a un artificio a fin de justificar que la comercialización del spray para el cuero en el caso “LEDERSPRAY” fue un comportamiento incorrecto.

En efecto, el Tribunal argumentó de la siguiente forma: “...*la posición de garante se siguió de un comportamiento de peligro anterior y contrario al deber (injerencia)...*”, 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 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. Esto rige también aunque no sea posible encontrar norma legal alguna específica que aplique sanciones a tales comportamientos de puesta en peligro, ni, especialmente, una que haga al causante jurídicopenalmente responsable. La protección general de la que goza el bien jurídico de la integridad corporal proporciona ya el fundamento jurídico...La contrariedad objetiva con el deber del comportamiento previo no presupone que el agente haya lesionado ya, con ello, sus deberes de cuidado, es decir, que se haya comportado imprudentemente...En tanto en cuanto, basta con la desaprobación jurídica del resultado de peligro, siendo irrelevante si el comportamiento de quien lo ha provocado es reprochable en el sentido de la*

¹³¹ Esta objeción de ROXIN fue tomada de DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, ob. cit., pág. 133.

culpabilidad personal. De acuerdo con ello, la creación de una situación de peligro fundamenta una posición de garante que obliga a la evitación del daño, incluso aunque en todo ello no resida ninguna infracción del cuidado debido; el comportamiento previo del garante no tiene por qué ser culpable...De la posición de garante –cuya existencia, de acuerdo con lo expuesto, hay que afirmar- deriva aquí...la obligación de retirar los aerosoles para el cuero peligrosos para la salud y que se hallaban ya en el comercio”¹³².

Conforme al razonamiento del BGH, la conducta previa de la empresa (y con ello en principio también de sus directivos) de poner en circulación productos que a la postre generen un peligro para los consumidores, constituye objetivamente una infracción del deber, (aún cuando los peligros del producto no fueran conocidos ni cognoscibles para la empresa al momento de su lanzamiento al mercado), y por ello, tiene en principio que procurar que este peligro no llegue a producir el correspondiente daño. Ello así, pues el consumidor tiene un legítimo interés en obtener productos que se puedan utilizar sin peligro o, en otro caso, en ser advertido de forma adecuada acerca de los riesgos conocidos, intuitos o cognoscibles de forma que al menos pueda autoprotgerse.

VII) El rechazo unánime de la doctrina a la tesis del hacer precedente o (injerencia) sostenida por el BGH.-

La doctrina de manera unánime ha rechazado la solución de la sentencia del LEDERSPRAY del BGH, puesto que encontró inadmisibile fundar una posición de garante por injerencia de los directivos, sobre la base de que el hacer precedente de introducir el producto en el mercado pueda ser considerado “*objetivamente contrario a deber*”. Ello así, puesto que resulta evidente, de conformidad con los parámetros dogmáticos hoy dominantes, que a los fines de establecer una posición de garante por injerencia no es suficiente con la mera desaprobación jurídica del resultado de puesta en peligro sino que resulta imprescindible un injusto de comportamiento.

Según SCHUNEMANN, y en contra de la tesis del BGH, la introducción en el mercado del producto no constituye un hacer precedente en el sentido del criterio de la injerencia, ya que en el momento de la acción no era cognoscible que se trataba de una mercancía defectuosa, por lo que falta el requisito de un comportamiento activo contrario a deber. A partir de allí, el nombrado estima que en el caso LEDERSPRAY, o en cualquier otro de estructura análoga en la fabricación y comercialización de productos que luego resultan perjudiciales para la salud –o, incluso, de la vida-, no es posible fundamentar una posición de

¹³² Este pasaje de la Sentencia es citado por GIMBERNAT ORDEIG en “La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición”, ob. cit., pág. 55.

garante de los directivos de las empresas, por lo que estos sólo pueden responder por una omisión del deber de socorro del §330 c) StGB (del mismo tenor del art. 195 del Código Penal Español)¹³³.

En sentido semejante, ROXIN señala que no es posible asumir una “infracción objetiva del deber” que no implique “lesión del deber de cuidado”. Esto significa que la posición de garante por injerencia no se puede hacer derivar en ningún caso de la mera causalidad, sino en todo caso de la imputación objetiva del actuar previo. En otros términos, el autor debe haber creado un riesgo no permitido, el que falta cuando la fabricación y comercialización del producto fueron realizadas con el cuidado debido. La violación del deber de cuidado de un comportamiento sólo puede determinarse *ex ante* y no precisamente, *ex post*, como consecuencia de un resultado de peligro¹³⁴.

Por su parte, DEMETRIO CRESPO sostiene que este planteamiento aparece como decisivo en los supuestos de responsabilidad penal por el producto, y en particular, cobra especial relevancia en la controvertida sentencia del BGH en el caso del *spray* para el cuero, ya que no se puede decir que concurra un riesgo no permitido cuando la producción y distribución de mercancías tiene lugar sin falta de cuidado alguna. Que la causalidad no es un criterio decisivo se demuestra también cuando la persona sobre la que recae el deber de evitación del resultado ha comenzado a desempeñar ese puesto de trabajo después de la entrega de las mercancías¹³⁵.

Precisamente ha advertido con razón ROXIN, en el segundo volumen de su Manual, que uno de los problemas de la moderna dogmática jurídico-penal menos aclarado hasta el momento es el de la responsabilidad por productos peligrosos. Si dichos productos se introducen en el mercado, pese a tener conocimiento de su peligrosidad, entra en consideración un *delito imprudente* a través de un comportamiento activo. Sin embargo, si tras tener conocimiento de las consecuencias dañosas, no se adoptan medidas para evitar el resultado, como por ej. La retirada de las mercancías o la alerta a los compradores, puede concurrir en su caso un *delito doloso de comisión por omisión*. En estos casos, la posición de garante derivaría del actuar precedente. Pero en cualquier caso resultará especialmente

¹³³ Cita la opinión crítica de SCHUNEMANN, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición”, ob. cit., pág. 60). Asimismo, GIMBERNAT ORDEIG explica que SCHUNEMANN rechaza de forma general, la omisión impropia derivada de injerencia, pero la crítica a la sentencia del BGH destaca que aún admitiendo ese criterio, no se puede hablar de injerencia cuando el comportamiento anterior era conforme a Derecho en el momento de la acción.

¹³⁴ Cita la opinión de ROXIN, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, en su trabajo “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de empresas”, publicado en la Revista del Centro de investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, consultado on-line en www.ciidpe.com.ar., pág. 4.

controvertido fundamentar la posición de garante en aquellos casos en los cuales la peligrosidad no se conocía en el momento de la producción e introducción en el mercado de los productos, sino que se manifiesta posteriormente¹³⁶. Esto último fue precisamente lo que aconteció en el famoso caso del *lederspray*.

Del mismo modo, KULHEN también fórmula una objeción a la sentencia del BGH, por cuanto entiende que de la condición de un comportamiento previo contrario al deber no resulta sin más el requisito de un comportamiento previo culpable. Por otro lado, el propio tribunal habría hecho decaer el requisito de un comportamiento previo contrario al deber toda vez que se basa en el “resultado de peligro jurídicamente desaprobado” al tiempo que pretende derivar la infracción objetiva del deber –relativa al hecho de introducir los productos en el mercado– desde una perspectiva *ex post*. Sin embargo, en la discusión sobre la injerencia se exige un comportamiento previo contrario al deber que conlleve una creación de riesgo desaprobado desde una perspectiva *ex ante*, la misma que según la doctrina dominante es capaz de generar un injusto de comportamiento¹³⁷. De ello se colige, que la introducción en el mercado del *spray* para el cuero sólo podía considerarse contraria al deber si era posible reconocer desde ese momento –es decir desde una perspectiva *ex ante*– su peligrosidad, cosa que no sucedió en este caso.

Asimismo, KUHLEN destaca que actualmente para un fabricante que se disponga a actuar con arreglo a deber, es difícil advertir cuando se halla frente a una sospecha de peligro que deba tomarse en serio (y no frente a una histeria colectiva”, “una campaña de prensa”, etc.). También considera que queda abierta la cuestión de que tipo de contribución debe realizar el fabricante para informar de dicha sospecha de peligro, ¿es suficiente dar a conocer

¹³⁵ Cfr. DEMETRO CRESPO, Eduardo, “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de empresas”, ob. cit. pág. 4.

¹³⁶ Cita la opinión de ROXIN, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, en su trabajo, “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de empresas” ob. cit., págs.. 4 y 5. Explica ROXIN que el autor tuvo que crear un riesgo desaprobado, el que falta cuando la fabricación y comercialización del producto fueron realizadas con el cuidado debido. La violación del deber de cuidado de un comportamiento sólo puede determinarse *ex ante*.

¹³⁷ Cita la opinión de KULHEN, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de empresas”, ob. cit. pág. 6. Comparten la postura crítica de KUHLEN y se pronuncian en un sentido similar, BEULCKE Y BACHMAN, HILGENDORF, BRAMMSEN, RUDOLPHI, y MEIER, entre otros. Resulta oportuno destacar la opinión de PEÑARANDA RAMOS, quien señala que hay un acuerdo generalizado en la doctrina acerca de que los deberes de aseguramiento del tráfico establecidos en el ámbito jurídico-civil no son trasladables sin más al derecho penal, sin que tampoco se considere en general oportuna una renuncia completa al criterio de la contrariedad a derecho en el pensamiento de la injerencia. El citado autor considera que la cuestión estriba en examinar si en los supuestos de responsabilidad por productos, más allá de la simple puesta en peligro objetiva, existe algún factor diferencial que contribuya a justificar la admisión del deber de garantía. La labor tendría que centrarse pues en encontrar algún criterio con consenso suficiente, concluyendo que el avance de una más intensa responsabilidad penal por el producto parece en todo caso imparables. (Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, ob. cit., pág. 427.

el estado de la cuestión en la praxis y en la ciencia?, o, ¿debe el fabricante, en su caso, impulsar o realizar él mismo nuevas investigaciones acerca de la peligrosidad del producto?. En este orden de ideas, se pregunta el citado autor: ¿hasta qué punto es admisible que el fabricante de un producto que pueda entrañar peligro, cumpla con su deber de disminución del riesgo a través de medidas económicamente menos tajantes que el cese de la actividad y la retirada de productos ya distribuidos?. Y Concluye su postura KUHLEN afirmando que dotar a los deberes penalmente relevantes del fabricante de contornos precisos, es la tarea más urgente en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, a la cual está llamada no sólo la praxis, sino también la doctrina jurídico-penal¹³⁸.

Por su parte, LASCURAIN SANCHEZ formula un reparo a la sentencia del BGH con base en la distribución de la responsabilidad. Y en tal sentido destaca que es verdad que el riesgo procedería finalmente de la actividad del productor. Se ha subrayado también, sin embargo, que dicha actividad ha de ser libre y que este adjetivo viene condicionado por el conocimiento del riesgo. Se es garante por injerencia cuando se sabe que se ha desencadenado un curso de riesgo, y si bien es cierto que el conocimiento actual del injerente no delimita las dimensiones concretas de su futuro deber, que puede ser quebrado por imprudencia –sabe que conducir es peligroso pero ignora que en determinado punto no puede superar una velocidad determinada-, también lo es que el mismo no parece que pueda ir mas allá de lo que es generalmente conocido en el momento de la injerencia. El sujeto puede resultar (penalmente) obligado por iniciar una actividad que sabe peligrosa para otros y a partir de ello queda obligado a conocer y a controlar los riesgos conocidos de su actividad. Pero si no puede devenir en garante si él desconocía que lo que hacía era arriesgado, mucho menos lo hará si no se sabía que su actividad era peligrosa o se desconocía una dimensión peligrosa de su actividad¹³⁹.

Partiendo de esa base, el mencionado autor reflexiona acerca de una posibilidad de solución, y en tal sentido destaca que podría generalizarse la directriz de que quien pone correctamente un producto peligroso en el mercado no responde como autor omisivo del resultado por los riesgos que posteriormente conoce. Su situación será la de un omitente común de socorro¹⁴⁰.

¹³⁸ Cfr. KUHLEN, Lothar, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, ob. cit, págs 244 y 245.

¹³⁹ Cfr. LASCURAIN SANCHEZ, José Antonio, “Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía”, ob. cit. págs. 104 y 105.

¹⁴⁰ Cfr. LASCURAIN SANCHEZ, José Antonio, “Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía”, ob. cit. pág. 105.

Finalmente, HASSEMER Y MUÑOZ CONDE afirman que con la argumentación dada por el Tribunal Supremo se considera suficiente para fundamentar la punibilidad un difuso aumento de los peligros de la vida cotidiana. Convertir este simple elemento del aumento del riesgo en presupuesto de la punibilidad va a provocar, si llega a imponerse realmente, no sólo inseguridad en los implicados, sino también una relevante ampliación de la punibilidad...hacer de una cláusula general como la de “la conducta previa que incrementa el riesgo” el presupuesto de la punibilidad de la conducta omisiva infringe el mandato de certeza que, como consecuencia del principio de legalidad, rige explícitamente en el derecho penal material...Los contornos de la omisión se difuminan haciéndose imprevisibles, sin poder ofrecer ninguna pauta fiable a quien pretenda valorar el riesgo jurídicopenal de su acción¹⁴¹.

VIII) La aceptación de la posición de garante por injerencia a pesar de que el hacer previo sea conforme a derecho.-

Existiendo acuerdo en la doctrina en que la introducción en el mercado del spray para el cuero, por no ser cognoscibles sus defectos, no infringió el deber de cuidado debido, algunos autores consideraron que la única posibilidad que existe de fundamentar una omisión impropia por injerencia es la de modificar el planteo hasta ahora prevaleciente, y aceptar que la posición de garante por un hacer precedente puede surgir igualmente aunque éste haya sido plenamente conforme a derecho. Este es el camino que siguen, entre otros, KUHLEN, BEULCKE y BACHMAN, RUDOLPHI, HIRTE y MEIER¹⁴².

Lo que pretenden esos autores es establecer ad-hoc el nuevo criterio de que en la responsabilidad por el producto, por tratarse de un comportamiento de “riesgo incrementado” y porque es el fabricante quien tiene mayores posibilidades de evitar el resultado, la responsabilidad por omisión impropia por injerencia puede derivar también de una conducta previa conforma a Derecho.

En esa dirección, KULHEN destaca que: “el fabricante y las sociedades comercializadoras puestas en funcionamiento por aquél tienen -sobre la base de su perspectiva, de sus conocimientos especiales y de su organización- “una mayor posibilidad de actuación” que cualquier otro tercero, por lo que su incremento de asunción de deberes

¹⁴¹ Cfr. HASSEMER, Winfried-MUÑOZ CONDE, Francisco, “La responsabilidad penal por el producto”, ob. cit, págs. 162, 163 y 164. Según estos autores la estrategia del Tribunal Supremo concede al Derecho Penal “unas capacidades de una naturaleza y extensión que nunca había tenido antes, convirtiéndolo en un instrumento de intervención preventiva y flexible ante las situaciones de peligro”, contradiciendo de esta forma, el mandato de certeza, que debe regir en el derecho penal material como consecuencia del principio de legalidad. En su lugar, estos autores, proponen se despliegue una fuerza preventiva, pero a través de unas directrices precisas, de tal manera que el sujeto pueda valorar con certeza el riesgo jurídico penal de su acción.

¹⁴² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, ob. cit., págs. 57 y 58.

aparece exigible bajo la especie de una protección efectiva de los bienes jurídicos...para la dogmática de la omisión ello trae como consecuencia que la posición de garante por injerencia ya no presuponga un comportamiento contrario al deber, consecuencia, que efectivamente, hay que extraer. Ciertamente que sería ir demasiado lejos considerar suficiente cualquier comportamiento que sea adecuado para producir el peligro de una lesión del bien jurídico. Pero, en contra de la doctrina dominante, hay que afirmar que, para llevar a cabo la necesaria y ulterior delimitación, la infracción del deber no proporciona el criterio necesario y apropiado. Frente a ello, en la literatura científica gana terreno crecientemente la limitación – defendida con muchos matices- de la injerencia en casos de peligro por un comportamiento de riesgo incrementado en relación con la conducta normal y cotidiana. Ciertamente que todo ello necesita de ulteriores concreciones. Pero la producción y la introducción en el comercio de bienes imponen en la sociedad actual una actividad tan arriesgada que desencadena una posición de garante del fabricante y del distribuidor, independientemente de si, al tiempo de la distribución, era cognoscible o no una peligrosidad anormal de determinados productos”¹⁴³.

IX) La crítica a la tesis que acepta la posición de garante del fabricante por injerencia a pesar de que el hacer previo sea conforme a derecho.

Frente a este nuevo criterio de admitir una posición de garante del fabricante por injerencia aunque el comportamiento previo sea conforme a derecho, y por tratarse la comercialización de productos de actividades que conllevan un “riesgo incrementado” se esgrime como objeción que entonces –al faltar el requisito de la contrariedad al deber- el criterio de la injerencia perdería cualquier contorno de concreción, y abarcaría, de forma prácticamente ilimitada, a cualquier condición del resultado.

Estas soluciones, tal como aprecia ROXIN, despiertan algunas reservas. En primer lugar, chocan con la idea básica de la injerencia, según la cual la acción previa en la medida en que se trate de la imputación típica, tiene que haber creado una fuente de peligro de un modo *ex ante* contrario al deber. En segundo lugar, la diferenciación entre riesgo permitido “normal” e “incrementado”, en su opinión es inútil debido a su indeterminación. En este sentido, advierte, todo incremento del riesgo se mueve en una escala continuada sin cesura alguna en la que poder determinar un incremento relevante desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas.

La fabricación de productos, junto con la conducción de automóviles, son vistos como ejemplos de conductas que implican un riesgo incrementado. A este respecto se

¹⁴³ Cita la opinión de KUHLEN, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en “La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición”, ob. cit., pág. 58.

pregunta ROXIN donde radica el riesgo incrementado cuando se han observado todos los estándares de seguridad. Incluso desde el punto de vista estadístico rara vez se conocen efectos lesivos de productos fabricados de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, el posible criterio del elevado número de potenciales afectados tampoco convence, dado que si se quiere asumir la posición de garante del productor, esta debería concurrir razonablemente cuando los daños aparecen justo después de la primera entrega, aunque el número de afectados sea todavía pequeño. Finalmente, a esta posición le sería igualmente aplicable la crítica de que la posición de garante de quien ha ingresado en la empresa posteriormente no se puede deducir de su comportamiento anterior¹⁴⁴.

Del mismo modo crítico, OTTO observa las falencias que encierra esta tesis, y destaca con suma agudeza, que aunque la idea de que la fundación de un riesgo especial legitima también la asignación de una responsabilidad especial convence absolutamente, sin embargo, existen dudas razonables acerca de una posición de garante específicamente referida al productor. Entre ellas menciona que el concepto de “comportamiento que incrementa el riesgo” es demasiado indeterminado como para poder ser utilizado como criterio idóneo para la delimitación de una posición de garantía, si se renuncia a la cognoscibilidad del peligro en el momento de la entrega¹⁴⁵.

Finalmente, cabe resaltar que en un trabajo posterior, KULHEN se muestra algo más escéptico sobre su solución de afirmar una omisión impropia en el caso “LEDERSPRAY”, admitiendo que en rigor de verdad, la necesidad de que el derecho penal interviniera en la realización de grandes riesgos fue lo que lo llevó a postular una tesis prescindente de la necesidad de un comportamiento previo contrario al deber de cuidado para fundamentar una posición de garante del productor.

Así, según palabras de KUHLEN “...la problemática de tales casos (como el del lederspray) reside en la tentación de, en casos de realización de grandes riesgos con desgracias espectaculares, llegar a la punibilidad por lesiones u homicidio, a pesar de que, de acuerdo con una imputación correcta –lo que quiere decir, sobre todo: de una que se realice ex ante y que tenga en cuenta la complejidad de la situación a decidir-, habría que llegar a la

¹⁴⁴ Cita la opinión de ROXIN, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, en su trabajo “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, ob. cit., pág. 132.

¹⁴⁵ Cita la opinión de OTTO, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, en “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, ob. cit., pág. 133.

impunidad. Desde un punto de vista de dogmática juridicopenal, se trata de un viejísimo problema: del de una injusta responsabilidad por el resultado”¹⁴⁶.

X) La tesis de la posición de garante por la asunción de una función de protección. Objeciones.-

Una última postura sobre la que se pretende fundamentar la posición de garante del productor es la que actualmente sostiene SCHUNEMANN, quien si bien en un principio, -y tal como se viera-, rechazaba la existencia de la misma, ahora la ha aceptado en un trabajo reciente, sobre la base del criterio de la asunción de una función de protección¹⁴⁷.

Según el mencionado autor, ello encuentra su fundamento en que el consumidor se entrega al productor de la misma manera en que lo hace el paciente frente al médico de cabecera, con la misma despreocupación por el peligro.

ROXIN adhiriendo a la posición de SCHUNEMANN destaca que el criterio propuesto por éste funda mejor la posición de garante de los fabricantes.

Según esta tesis, en esta 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 usuario puede confiar en los conocimientos fácticos superiores del productor, que es quien primero conoce las informaciones sobre fallas aparecidas después del ingreso del producto en el mercado y quien tiene a su alcance la posibilidad de hallar las fuentes del defecto a través de la reproducción de los métodos de fabricación. De ahí que, 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 “LEDERSPRAY”. En dicha ocasión señaló que la organización empresaria y el fabricante disponen de la visión más amplia de la situación, debido a que cuentan con mejores conocimientos para juzgar la fiabilidad del producto y sobre esa base adoptar las medidas adecuadas; por lo tanto, una

¹⁴⁶ Cita esta última opinión de KUHLEN, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en “La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición”, ob. cit., pág. 58, nota n° 142.

¹⁴⁷ Destaca esta posición actual de SCHUNEMANN, SARRABAYROUSE, Eugenio C., “Responsabilidad penal por el producto”, ob. cit. 601.

acción de retirada emprendida por los fabricantes tiene mayores posibilidades de ser efectiva en comparación con intervenciones de terceros¹⁴⁸.

Según ese autor, nada de esto se relaciona con una posición de garante derivada de un hacer previo, pero describe correctamente la posición de protección dominante que ocupa el fabricante en relación con el consumidor, destacando además, que el criterio de la asunción de una función de protección permite explicar sin dificultad alguna la hipótesis del integrante de la empresa que ingresa tras la puesta en circulación del producto; en este caso, si es posible transmitir una función de protección¹⁴⁹.

El fabricante completa su deber de protección a través de la retirada de productos que todavía se hallan en el comercio, pues así elimina los peligros de la manera más eficaz. Frente al consumidor final le basta con divulgar un aviso por distintos medios de comunicación.

Esta tesis que pretende fundamentar la posición de garante del fabricante sobre la base de la asunción de una función de protección, tampoco convence, por cuanto resulta semejante a la del aseguramiento de los deberes del tráfico. De ahí que merezca las mismas objeciones que ésta en cuanto a que a partir del momento en que el producto deja el ámbito de la empresa y llega a manos del consumidor o del vendedor, se encuentra ya fuera del dominio del fabricante, y por ello no puede hablarse de una posibilidad de protección efectiva por parte de este, ni que ello este a su alcance, aún cuando posea un conocimiento superior para apreciar la fiabilidad del producto.

Finalmente, LASCURAIN SANCHEZ formula un reparo de utilidad a esta postura de la asunción de una función de protección. Y en tal sentido destaca que la sociedad está muy interesada en que se produzcan cierto tipo de productos a pesar de su potencial peligrosidad. Los medicamentos son quizás el mejor exponente de ello. Si sometemos estas actividades a severos y permanentes deberes de investigación y aviso estaremos desalentando seriamente, -severa y permanentemente- una actividad dirigida precisamente a aumentar y enriquecer la libertad¹⁵⁰. Repárese en que la introducción de un producto en el mercado no sólo supondría el sometimiento obvio a ciertas medidas de cuidado y garantía, sino a una permanente reflexión e indagación sobre los efectos del producto, para así poder conjurar, a través del aviso al usuario o al consumidor o a través de la retirada del producto, el riesgo de

¹⁴⁸ La cita de esta opinión de ROXIN fue tomada de SARRABAYROUSE, Eugenio C., “Responsabilidad penal por el producto”, ob. cit. 602.

¹⁴⁹ La cita de esta postura de ROXIN fue tomada de SARRABAYROUSE, Eugenio C., “Responsabilidad penal por el producto”, ob. cit. 602.

¹⁵⁰ Cfr. LASCURAIN SANCHEZ, José Antonio, “Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía”, ob. cit. pág. 104. En sentido similar SCHUNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, ob. cit., pág. 539.

una lesión. Repárese también en que la amenaza penal habría de dirigirse por imperativos de eficacia no sólo al productor que conoce el riesgo y que dolosa o imprudentemente nada hace por evitar que se transforme en lesión, sino también al productor que dolosa o imprudentemente en relación con el resultado nada hace por conocer dichos riesgos. Y en consonancia con ello, el mencionado autor reflexiona: ¿Quedarían además este tipo de industrias peligrosas o sus titulares emplazados de por vida a continuar con la actividad para así sostener la actividad investigadora instrumental para el amparo frente a futuros riesgos?¹⁵¹.

XI) Toma de posición.-

A partir del caso LEDERSPRAY cada vez con mayor trascendencia en nuestra sociedad postindustrial se debate la cuestión de cómo fundar una posición de garante del fabricante que al momento de introducir en el mercado el producto, lo hace según las pautas de cuidado y de garantía, y luego a posteriori, toma conocimiento de que el producto es peligroso para los consumidores.

Así, hemos visto que según la Sentencia de la Audiencia de Mainz, y la doctrina que la sigue, el deber de garante del productor sería consecuencia de los deberes de aseguramiento del tráfico, así como también, que actualmente algunos autores sobre la base de un criterio semejante, consideran que el deber de garante del productor cabe extraerlo de la asunción de un deber de protección por parte de éste respecto de los consumidores.

A esas posturas se les ha replicado que la mercancía que en su momento se introdujo en el mercado cumpliendo con el debido cuidado, se encuentra ya fuera del dominio y alcance del fabricante, es decir de su esfera de influencia, y por ello se muestran incapaces de contestar el siguiente interrogante: ¿por qué el riesgo que aparece después de introducido correctamente el producto, debe asumirlo el fabricante para conjurarlo y no, como parecería lo normal, la persona que adquirió libremente el mismo y que lo tiene y lo goza, y lo domina en su propio ámbito de autonomía?.

Por su parte, el BGH, deriva la posición de garante del fabricante por injerencia, pero dejando de lado la exigencia de la doctrina dominante de que el hacer precedente deba ser contrario a deber. En efecto, el Tribunal Supremo, admite que la sola creación de un peligro verificado luego de la introducción de los productos en el mercado, -es decir, ex post-, constituye una infracción objetiva de los deberes por parte del fabricante, imputándole de tal modo el resultado típico.

¹⁵¹Cfr. LASCURAIN SANCHEZ, José Antonio, “Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía”, ob. cit. pág. 104. En sentido similar, SCHUNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, ob. cit., pág. 539).

Frente a ello se ha replicado que la calificación de un comportamiento conforme a Derecho o antijurídico debe verificarse siempre desde una perspectiva *ex ante* –es decir, debe haber sido cognoscible para el fabricante al momento de su introducción en el mercado-, y que considerarlo contrario a deber por la sola creación de un riesgo para la integridad física, verificado objetivamente *ex post*, supone, prácticamente resucitar la responsabilidad objetiva por el resultado -violatoria del principio de culpabilidad-.

Concretamente, la postura del BGH que se aparta del requisito de que la posición de garante por un hacer precedente exige que este sea antijurídico, trae como consecuencia que la injerencia pierda todos sus contornos, desembocando peligrosamente en la posibilidad de un *regressus in infinitum*.

Por lo demás, esta estrategia del BGH, así como también, la de quienes postulan una posición de garante por injerencia, aún cuando la conducta precedente haya sido conforme a derecho, -en virtud de actividades que conllevan un presunto “riesgo incrementado”-, conceden al Derecho Penal unas capacidades de una naturaleza y extensión que nunca antes había tenido, convirtiéndolo en una herramienta de intervención preventiva y sumamente flexible ante situaciones de peligro. Ello no sólo contradice el principio de subsidiariedad o “ultima ratio”, sino además, el mandato de certeza, que debe regir en el derecho penal material derivado del principio de legalidad.

Frente a tales controversias que se suscitaron en la doctrina penal a partir del caso “LEDERSPRAY”, comparto la solución postulada por algunos autores como en su momento SCHUNEMANN o LASCURAIN SANCHEZ, en cuanto a que la solución óptima para el caso es la considerar que respecto de los peligros conocidos *ex post* por el fabricante, a este sólo se lo podría responsabilizar por una omisión pura, pero agravada, semejante a la establecida por el art. 195.3 del Código Penal Español en que el accidente es ocasionado fortuitamente por quien omitió el auxilio¹⁵².

Es que los supuestos de comisión por omisión exigen fundamentalmente la imputación de responsabilidades de igual modo que si se hubiese causado activamente el resultado, lo que implica una calificación demasiado grave y que por ello entiendo debe aplicarse de manera restrictiva.

¹⁵² El art. 195. del Código Penal Español, en su punto 1 dispone: El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. En tanto que en el punto 3 de ese mismo artículo se dispone: Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses.

La comisión por omisión requiere identidad estructural y material en el plano normativo con la comisión activa, lo cual sólo se da en virtud del compromiso adquirido y posteriormente incumplido. Y ese compromiso sólo puede ser asumido por el agente a través del conocimiento del riesgo típico *–ex ante–*, y su dominio, tal como sucede cuando dicho riesgo ha sido creado activamente. Esto último no es lo que se aprecia en casos como el del “LEDERSPRAY”, en los que el fabricante al momento de introducir el producto en el mercado cumple con todas las normativas de seguridad, y por ello en ese momento no le ha resultado cognoscible el riesgo para la integridad física de los consumidores que posteriormente se verifica.

De ahí que, tal como se viera la calificación de su conducta que considero apropiada es la de la omisión pura.

Sin perjuicio de ello, resulta claro que no nos hallamos frente a la misma situación cuando esta omisión la lleva a cabo un tercero ajeno que no ha tenido intervención en la producción del riesgo que a posteriori se verifica, que cuando esta omisión parte de quien ha creado ese riesgo, aunque de manera fortuita. Aparece entonces como lógico y razonable pretender que éste último tenga más responsabilidad que aquél, y en consecuencia, que su omisión de socorro resulte agravada.

Concretamente entonces, casos como el del “LEDERSPRAY”, la mejor solución desde mi punto de vista, para calificar la conducta del fabricante, es la de encuadrarla en una omisión de socorro agravada, semejante a la descrita por el art. 195.3 del Código Penal Español -en que el accidente es ocasionado fortuitamente por quien omitió el auxilio-. Ello así, por cuanto si bien el desvalor de dicha conducta del fabricante, -al no ser cognoscible el peligro al momento de introducir el producto en el mercado-, resulta menor a la causación activa, aún así, es mayor al de una simple omisión de socorro, en que puede incurrir cualquier tercero ajeno que no haya tenido ningún tipo de intervención en la puesta del producto en el mercado.

F. Conclusiones Finales.

En las últimas décadas, el Derecho Penal viene siendo utilizado para hacer frente de manera especial al fenómeno delictivo que se ha catalogado como de los “nuevos riesgos”, dentro del cual se ubica la categoría de la denominada “responsabilidad penal por productos defectuosos”.

Sucede que la percepción de nuestra sociedad moderna como una “sociedad de riesgos”, debido al desarrollo cualitativo y cuantitativo de las tecnologías implicadas tanto en los procesos productivos como en los hábitos de consumo, ocio y vida cotidiana, así como de

formas de organización social compleja, ha conducido a que la demanda de mayor seguridad sea para el ciudadano occidental, un valor en alza, que ha de ser tomado siempre en consideración en la elaboración de la política criminal.

A raíz de esa creciente demanda de seguridad, se exige al sistema penal que reaccione estableciendo responsabilidades claras para los riesgos o lesiones efectivas de bienes jurídicos que tienen lugar, y además, que tal atribución de responsabilidad resulte eficaz en términos preventivos de cara al futuro.

Sin embargo, el problema está en que el derecho penal clásico no nació para enfrentarse a estos modernos supuestos de delincuencia de “nuevos riesgos”, sino a otro tipo de supuestos de criminalidad más tradicionales, donde el delincuente actúa en solitario o en pequeños grupos y que realiza acciones inequívocamente criminales y dolosas, insertas en cursos causales sencillos, de corta duración y con un número de víctimas relativamente reducido y relativamente bien determinado.

Por el contrario, los casos en los que el consumo de un producto, que habitualmente ha sido elaborado dentro de una estructura empresarial, aparece daños para la vida, la integridad física o la salud del consumidor, poseen como características relevantes el hecho de tratarse de un género de delincuencia que es llevada a cabo a través de una organización compleja basada en la división del trabajo y en la obediencia jerárquica, con intervención de un número elevado de personas, con un curso causal prolongado, en el que generalmente se desconocen –o no se conocen de manera suficiente– algunos eslabones importantes de la cadena y que suele afectar a una comunidad amplia y no fácilmente determinable de personas; y se trata además, de modalidades de delincuencia que acontecen en el transcurso de actividades normales –producción, consumo–, y autorizadas conforme a reglas apoyadas en conocimientos científicos y técnicos.

Frente a esta problemática, casi siempre que los Tribunales, -tanto en Alemania como en España- han tenido que resolver casos concernientes a la responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, han incurrido en la tentación de flexibilizar hasta el límite de lo aceptable (o, según el punto de vista, incluso también más allá) el tradicional instrumental del Derecho Penal (principios limitadores del *ius puniendi*, figuras delictivas, categorías dogmáticas, penas y garantías procesales).

En efecto, del análisis realizado en el presente trabajo puede extraerse que:

-Mediante la responsabilidad penal por el producto se busca ampliar el ámbito regulador del derecho penal.

-Se deja de lado la lesión al bien jurídico como principal parámetro de normativización.

-El legislador puede construir la norma penal sobre la base de un riesgo, ya no es imprescindible la lesión de un bien jurídico.

-Hay una tendencia a la responsabilidad objetiva.

-Se transforma el fracaso del producto en responsabilidad de los miembros de la empresa por la posición de alta jerarquía que ocupan dentro de la misma, a pesar de que no hayan intervenido en la toma de decisiones.

-Debilitamiento de los presupuestos de la punibilidad. Ello se ve reflejado tanto en la constatación de los presupuestos de los diferentes grados de imputación objetiva (causalidad, posición de garante, etc.), como subjetiva (tendencia a la responsabilidad objetiva).

-Reducción de las expectativas de seguridad jurídica del ciudadano.

Ello se refleja en la indeterminación de los deberes del fabricante que pueden fundamentar una responsabilidad penal por el producto, así como también dificultades de prueba de los elementos objetivos: puesta en peligro y relación de causalidad.

-Desconocimiento de principio y garantías propias de un estado de derecho y de las cuales debe gozar el imputado como el “in dubio pro reo”, principio de legalidad y de culpabilidad.

Todo ello, es la consecuencia de la creación de un derecho penal simbólico, construido para tratar de evidenciar una enérgica reacción estatal frente a problemas, -como el elevado potencial de peligro que la fabricación y distribución de productos supone en las sociedades altamente industrializadas-, considerados especialmente alarmantes en la opinión pública, buscando de ese modo, aplacar los sentimientos de inseguridad de los ciudadanos.

Esa reacción estatal no soluciona esos problemas, pero crea la apariencia al simbolizar la capacidad de acción estatal, contribuyendo así al apaciguamiento de una población que se siente insegura, y con ello, a la legitimación del Estado.

Como método de política criminal y de prevención general podría aparecer a primera vista como eficaz, sin embargo, en el marco de un estado de derecho, debe tenerse en cuenta que ello supone una amplia expansión y flexibilización del derecho penal que no se condice con un derecho penal de mínima intervención o de *ultima ratio*.

No debemos olvidar que todo estado de derecho que se precie de tal, debe orientarse a reducir la utilización del derecho penal a su mínima expresión, -derecho penal de “ultima ratio”- comprendiendo que si bien se trata de un instrumento que resulta viable para alcanzar fines sociales, y es inevitable para ello, debe ser utilizado con desconfianza y cuidado, pues es

extremadamente violento e inclinado al abuso. Ya tempranamente la historia del funcionamiento de los aparatos penales ha demostrado que cuando se le otorga al poder de policía, cierto espacio de punición sin límites, ese poder de policía no se va a conformar con ello, sino que va a tender a expandirse a otros sectores para los que no estaba prevista su aplicación.

Por lo demás, este nuevo derecho penal “simbólico”, tiene también un alto coste, ya que además de acarrear consigo la vulneración de elementales garantías constitucionales de los ciudadanos, y principios básicos limitadores del *ius puniendi*, en rigor de verdad, se ha demostrado que hasta ahora no ha producido resultados convincentes en el ámbito de las nuevas materias vinculadas a los “nuevos riesgos de las sociedades industrializadas”.

Llegado a este punto, debo decir que en cada una de las tomas de posiciones parciales esbozadas a lo largo del presente trabajo, he intentado encontrar una solución a los distintos problemas planteados por la responsabilidad penal por el producto, tratando de armonizarlos con las estructuras tradicionales de la dogmática penal y las garantías constitucionales que deben regir en un estado de derecho, pero, sin embargo, cabe ahora realizar una última reflexión final.

Asumo que la creación imputable o la no evitación de riesgos para las personas ha sido siempre y es, desde luego, ahora también, base legítima de la imposición de una pena; la puesta en peligro, atribuible individualmente, de bienes jurídicos, ha formado siempre parte del núcleo central del Derecho Penal, y debe seguir siendo una parte importante del Derecho Penal futuro.

Esta base legítima, sin embargo, no puede alcanzar hasta el punto de, en lugar de la represión (o sea, de la persecución, averiguación y enjuiciamiento de hechos delictivos), hacer de la prevención (o sea, la previsión del peligro, el dominio del riesgo) el paradigma rector del sistema penal, tal como pretende la tendencia actual de la llamada responsabilidad penal por los “nuevos riesgos”.

Ello así, puesto que el derecho penal justo por su dimensión constitucional y garantista, no puede hacerse cargo en estos momentos de unas expectativas preventivas tan fuertes como las que se demandan para afrontar esos “nuevos riesgos”. Pero justamente al tratarse de garantías constitucionales, no parece que, para dotar al derecho penal de una mayor eficacia en estos ámbitos, deban desvirtuarse o eliminarse en un futuro más o menos cercano, ya que ello implicaría destruir las garantías básicas que deben imperar en un estado de derecho.

Así las cosas, entiendo que en lugar de recurrirse a flexibilizar el tradicional instrumental y las garantías del Derecho Penal, con el alto coste que ello podría suponer para un estado democrático de derecho, deberían buscarse caminos alternativos menos violentos e incluso más eficaces para resolver los problemas que plantea la responsabilidad por el producto.

En tal sentido, debe enfocarse la mira principalmente en que el peligro que conlleva un producto defectuoso pueda ser detectado a tiempo, esos riesgos puedan ser dominados dentro de lo posible, y los daños limitados de forma razonable.

Los métodos para lograr estos objetivos son más propios de otras ramas del ordenamiento jurídico -tales como el derecho administrativo sancionador o el derecho civil-, siendo que además, se puede obtener satisfactorias soluciones echando mano a medios de prevención en sentido estricto, que deben estar disponibles antes de que el problema a resolver sea demasiado grande o que la solución llegue demasiado tarde.

Como ejemplo de esto último, se me ocurre que se podría optimizar la labor inspectora de la administración, como así también, incentivar las investigaciones empíricas relevantes que faciliten el reconocimiento del riesgo, y sobre todo, el aseguramiento del mismo antes de que se produzca el daño.

En fin, y sobre la base de todo cuanto se viene diciendo, considero que no es a través de una flexibilización y ampliación de las estructuras del derecho penal tradicional, -que debe ser siempre de aplicación subsidiaria-, el método plausible que permitirá arribar a una solución para contener las exigencias de seguridad que se vinculan al elevado potencial de peligro que en las sociedades altamente industrializadas suponen la fabricación y distribución de productos, -ello a pesar de las distintas soluciones que se han venido proponiendo a lo largo del presente trabajo para enfrentar más razonablemente desde la órbita del derecho penal las distintas cuestiones problemáticas que presenta la cuestión-, sino antes bien, entiendo que para lograr tales fines, deberá recurrirse a métodos preventivos menos violentos y más efectivos, tales como por ejemplo: a) recurrir a otras ramas del ordenamiento como el derecho administrativo sancionador o la legislación civil, instaurando criterios de imputación menos exigentes en los ámbitos de la vida social cuya actividad se vincule con “nuevos riesgos”, y se produzca mayoritariamente a través de organizaciones complejas; o bien, b) llevar a cabo medidas de prevención más eficaces como ser: controlar estrictamente que la administración cumpla adecuadamente con su labor inspectora, invertir lo suficiente en investigación científica para lograr determinar la nocividad de algún componente de un producto previamente a su lanzamiento al mercado, y por último incentivar la ética empresarial.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial” en La responsabilidad penal de las sociedades, CGPJ, Madrid, 1994.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu “El delito imprudente”, ed. B de F, Montevideo, Bs. As., 2008.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de empresas”, publicado en la Revista del Centro de investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, y on-line en www.ciidpe.com.ar.

DONNA, Edgardo A., “La imputación objetiva” (Ensayos de derecho Penal) Editorial de Belgrano Bs. As., 1997.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva”, Ed. Reus, Zaragoza, 2007.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”, en Gobierno Corporativo y Derecho Penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía/ Coord. por Silvina BACIGALUPO SAGGESE, Carlos GOMEZ-JARA DIEZ; Miguel BAJO FERNANDEZ (dir.) año 2008.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial”, en Revista Indret, 2, Barcelona, Mayo 2009.

FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo”, trabajo publicado en la obra de MIR PUIG, Santiago-LUZON PEÑA, Diego “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto”, Ed. Bosch, Barcelona, año 1996.

GALLEGO SOLER, José Ignacio, “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”, en Derecho Penal Económico. Estudios de Derecho Judicial, 72, año 2005.

GARCIA CAVERO, Percy “Derecho Penal Económico. Parte General”, Tomo I, 2ª Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, año 2007.

GARCIA CAVERO, Percy, “La imputación jurídico-penal de los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa”, en *CIIDPE* 1, año 2008 (www.ciidpe.com.ar).

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, ADPCP, Vol. L, año 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del *spray* para el cuero y de la colza”, publicado en El Derecho Penal Español de fin de siglo y El Derecho Penal latinoamericano. Estudios en Homenaje a Enrique BACIGALUPO, Santa Fe de Bogota, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del derecho penal y decisiones colegiadas)”, publicado en Revista de Derecho Penal, 2005-1. Autoría y participación. Director Edgardo DONNA. Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2005.

HASSEMER Winfried- MUÑOZ CONDE, Francisco, “La responsabilidad por el producto en derecho penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

IÑIGO CORROZA, María Elena “El caso del HOLZSCHUTZMITTEL (producto protector de la madera)”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 8-C, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1999.

JAKOBS, Gunther, “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación” 2° Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

KAUFMANN, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación”, Revista Nuevo Pensamiento Penal, Ed. ASTREA, Bs. As., Enero-Marzo 1973.

KUHLEN, Lothar, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, trabajo publicado en la obra de MIR PUIG, Santiago- LUZON PEÑA, Diego “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto”, Ed. Bosch, Barcelona, año 1996.

LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus TIEDEMANN, Madrid, BOE, 1995.

LASCURAIN SANCHEZ, José Antonio, “Los delitos de omisión, fundamento de los deberes de garantía”, Ed. Civitas, Madrid, año 2002.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, “Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General”, Ed. Tirant lo Blanch, 2° ed., Valencia, 2007.

MEINI, Iván, “Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, 2da. edición, Reppertor, Barcelona, 1985.

MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal, Parte Especial”, Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, año 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “El delito de alzamiento de bienes”, 2º Edición revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Ed. Bosch S.A., año 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?”, en AA. VV. *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en RP 9, año 2002.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel y RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, “El caso de la colza: Responsabilidad Penal por productos adulterados o defectuosos”, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en el ámbito respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, en *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio GONZALEZ- CUELLAR GARCIA*, Ed. Colex, Madrid, año 2006.

PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, “La responsabilidad de los administradores de sociedades. Criterios de atribución”, Ed. Cedecs. Barcelona, 1997.

PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, en “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, artículo publicado en *Revista Penal* N° 9, año 2002.

PUPPE, Ingeborg, “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, trabajo publicado en la obra “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto”, Coordinadores MIR PUIG, Santiago, LUZON PEÑA, Diego, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.

ROXIN, Claus, “Problemas básicos del Derecho penal”, ed. Reus, Madrid, 1976.

ROXIN, Claus “Derecho Penal, Parte General”, ed. Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. (Ed. Ferré/Anarte), Universidad de Huelva, 1999.

ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en RP 18, año 2006.

SARRABAYROUSE, Eugenio C., “Responsabilidad penal por el producto”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2007.

SCHUNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresas”, ADPCP, 1988.

SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos en Derecho español”, publicado en Fundamentos de un sistema Europeo de Derecho Penal”. Libro homenaje a Claus ROXIN, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Criterios de asignación de responsabilidades en estructuras jerárquicas”, en Bacigalupo (Dir.), Empresa y delito en el nuevo código Penal, Madrid, CGPJ, 1997.

STRATENWERTH, Günter, “Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible”. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2005.

TIEDEMANN, Klaus, “La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal Europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo”, en Revista de Derecho Penal N° 5, Enero de 2000.

WELZEL, Hans, “Derecho Penal alemán. Parte General”, traducción de la 11° edición alemana de Juan BUSTOS RAMIREZ y Sergio YAÑEZ PEREZ, Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

