



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas.

Carrera de Derecho

**RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO:
EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO
CRITERIO DELIMITADOR DEL CUIDADO
DEBIDO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.**

Autor:

Leonardo José Amoroso Romero.

Directora:

Dr. Julia Elena Vázquez.

Cuenca-Ecuador

2019

DEDICATORIA

A Dios, mi familia y amigos, por su apoyo moral e incondicional.

AGRADECIMIENTOS

A mi dos mas grandes héroes, Nardo y Diani, pilares en mi camino, que me enseñaron que en la vida no hay pretexto válido para dejar de soñar, les debo todo en esta vida

A mis abuelos, Beatriz y Carlos, por siempre creer en mí y enseñarme que gana el que persevera, y que la persona que se esmera es la que se distingue de cualquiera.

A mis hermanas, Diana y Karla, por ser ese apoyo constante e incondicional, ya que juntos somos invencibles.

A mi Fran, por que desde que llego cambio todo en mi vida.

A mi directora, Dr. Julia Elena Vázquez, mas que una maestra, una amiga, gracias por su paciencia y guía en este trabajo.

A la Universidad del Azuay, por haberme brindado la oportunidad de aprender, comprender y amar el Derecho, nunca olvidare a mis maestros y sus enseñanzas.

Y a todas aquellas personas que han formado parte de este viaje, personas que iluminaron mi camino y que nunca perdieron la fe en mí, mi forma de agradecerles será cumpliendo sus expectativas puestas en mí.


RESUMEN

La distribución del trabajo y la especialización de funciones son conceptos necesarios para el impulso de una actividad comercial. Las empresas coexisten en base de estructuras horizontal y vertical; horizontal entre individuos que desde una posición jerárquica coordinan determinadas actividades, y verticalmente se presenta en las relaciones donde personas se encuentran subordinadas a la autoridad de un funcionario de mayor jerarquía. Esto obligara a considerar el principio de confianza y su aplicación en la responsabilidad penal por el producto, donde los delitos culposos tienen un rol decisivo, dado que el autor no tiene la intención al momento de la fabricación y puesta en el mercado para el consumo del público de lesionar bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, es aquí donde el principio de confianza permite delimitar el deber del cuidado debido de las personas que participan en el proceso de fabricación y comercialización de los bienes de consumo

ABSTRACT

The distribution of work and the specialization of functions are necessary concepts for the promotion of a commercial activity. Companies coexist on the basis of horizontal and vertical structures. Horizontally among individuals, who from a hierarchical position, coordinate certain activities. Vertically through relationships in which people subordinate to the authority of a senior official. This forces to consider the principle of trust and its application in criminal responsibility for a product. In this, the guilty crimes have a decisive role since the author does not intend to injure legal assets protected by criminal law at the time of manufacture and sale for public consumption. It is here that the principle of trust allows to delimit the duty of due care of the people who participate in the manufacturing and marketing process of consumer goods.


UNIVERSIDAD DEL
AZUAY
Dpto. Idiomas


Translated by
Ing. Paúl Arpi

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS	II
RESUMEN.....	III
ABSTRACT	IV
INTRODUCCIÓN.	1
CAPITULO I: EL PRINCIPIO DE CONFIANZA CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN.2	
1.1. La Imputación Objetiva como punto de partida.	2
1.2. El Principio de confianza. – Antecedentes.	8
1.3. Principio de confianza. - Concepto.....	11
1.4. Ámbito de aplicación.....	15
1.5. Fundamento Doctrinario del principio de confianza.	16
1.5.1. Análisis de las principales posiciones.	16
1.5.2. Fundamento normativo	19
1.6. Ubicación dentro de la estructura del delito.	23
CAPITULO II: EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO DELIMITADOR Y SOLUCIONADOR.....	29
2.1. Conducta típica y el problema del principio de confianza.	29
2.2. Criterios Relevantes sobre la desaprobación de la conducta típica	33
2.3. El principio de confianza en la división del trabajo.	35
2.3.1. Reparto de tareas y competencias en la división del trabajo.	37
2.3.2. Criterio de la autorresponsabilidad importancia.	39
2.3.3. Relación entre la repartición de tareas y competencia en la división del trabajo y el criterio de autorresponsabilidad.	41
2.4 Límites para la utilización del principio de confianza.....	42
CAPITULO III: RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO. -.....	52
3.1. Antecedentes.....	52
3.1.1. Caso “Lederspray”	52
3.1.2 Caso del Aceite de Colza	56
3.1.3. Caso de Cotergan	58

3.2. Concepto.....	62
3.3. Responsabilidad civil por el producto	68
3.4. Formas de las conductas punibles en el marco de la responsabilidad penal por el producto	73
3.5. Aplicación del principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto en la legislación ecuatoriana.	86
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.	97
Bibliografía	98

INTRODUCCIÓN.

Notablemente en la última década del siglo XX ha existido un incremento acerca de la discusión dogmática-jurídica sobre la responsabilidad penal por el producto, abarcando distintos argumentos de interés, entre ellos el problema de si el conocimiento acerca de los peligros que conlleva el producto que es puesto a disposición del público y que produce un riesgo a la salud y la vida. Como consecuencia de aquello surge la interrogante en el momento que tiene que aplicarse en el lugar sistemático la corrección de la causalidad es decir de la adecuación típica, si dicho conocimiento puede fundar dolo o tan solo imprudencia.

Al hablar de la responsabilidad penal del producto existe una afectación al bien jurídico que normalmente es provocado por el uso o consumo de un producto específico que es nocivo para la salud y la vida de los individuos este aspecto es lo que ha generado una necesidad de cuestionar los argumentos tradiciones del Derecho Penal Clásico en materia de imputación de lo cual existe un evidente desarrollo jurisprudencial en países como Alemania y España a esto se suma la dificultad del proceso productivo, el cual se distingue por la imposibilidad de determinación de los procesos causales que intervienen en la cadena de comercialización aspecto que se evidencia en los populares casos de la jurisprudencia alemana del Contergan, Holtzschutzmittel y Ledersprays, y en el Derecho español, el caso del aceite de colza, esto es lo que llevará a un reformulación del paradigma tradicional.

Es necesario destacar que en nuestra legislación penal este es un problema que no ha sido analizado a profundidad, aspecto que inclusive en nuestro ordenamiento jurídico penal no ha merecido mayor atención por lo que se vuelve imperioso realizar un análisis de instituciones jurídicas penales como el principio de confianza que permitan una mejor comprensión de lo que en doctrina jurídico penal se conoce como responsabilidad penal del producto y los problemas que de ésta surgen al momento de la imputación y determinación de la misma vista desde la perspectiva de la autoría y coautoría, motivo por el cual es trascendental realizar un estudio que permita una mejor comprensión y aplicación en el sistema penal ecuatoriano.

CAPITULO I: EL PRINCIPIO DE CONFIANZA CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN

1.1. La Imputación Objetiva como punto de partida.

Para realizar un análisis correcto del Principio de Confianza es necesario realizar una inferencia lógica que nos permita partir de un conjunto de proposiciones para llegar a una conclusión, es por eso que nos referiremos a la teoría de la imputación objetiva para llegar a una comprensión de por qué se considera al principio de confianza como un aspecto trascendente en la misma. Como primer punto lo haremos desde la causalidad, fijando que es un aspecto que siempre ha generado controversia en las Ciencias Naturales y la Filosofía, empero la Ciencia comprende que en el plano fáctico-real toda causa generara un efecto, en donde causa y resultado requieren de un elemento que los ensamble, lo que recibe el nombre de relación de causalidad. Sobre este aspecto Claus Roxin (2013) en su obra la imputación objetiva en el derecho penal explica que este problema no cambia para nada que el jurista pueda seguir trabajando con el concepto tradicional de causalidad, no constituye obstáculo alguno que impida confiar con seguridad que las leyes causales conviven con nosotros en nuestra vida cotidiana siendo este el aspecto que interesa al jurista.

Esteban Righi comparte la visión de Roxin y comenta “ (...) que pese a ser un tema polémico en ciencias naturales y filosofía, los juristas utilizaron un concepto tradicional de causalidad para establecer un presupuesto básico que permitiera atribuir un resultado determinado al comportamiento del autor”(Righi, 2008). Para que un resultado sea consecuencia de una acción necesariamente debe existir la relación de causalidad, pero debe considerarse la distinción entre ser causal y ser el responsable de un actuar que genere un resultado, ya que son categorías que no se superponen. “ Según Puppe cualquier teoría de la causalidad que se siga se debe apoyar en una ley empírica general que debe considerar el hecho en análisis” (Donna & Barbero, 2006); la causalidad al ser un requisito mínimo para la responsabilidad, exige un limitante entendiendo que no todo comportamiento causal culminara en responsabilidad penal es por eso que debe ser completada con

correctivos propios de la esencia del tipo penal, correctivos que darán lugar la denomina teoría de la imputación objetiva .

Donna (2006) advierte que la dificultad del problema causal radica en dos razones: “ (...) la primera, por tratarse de cadenas causales escasamente conocidas en cuanto a sus detalles, sin perjuicio de que se conozcan el inicio y la consecuencia última, y, además, porque estas cadenas causales son múltiples y están entrelazadas entre sí” (Donna & Barbero, 2006) y esto es explicado de acuerdo a Bacigalupo de la siguiente manera, “Desde un punto de vista puramente causal, también los padres del homicida serían causa del resultado de muerte, pero sus comportamientos no interesan al Derecho Penal. La teoría de la imputación objetiva procura, por el contrario, determinar el fundamento y el lugar donde debe llevarse a cabo una corrección de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad...” (Bacigalupo & Zapater, 2004). Es decir la teoría de la imputación objetiva ingresa en el entorno académico por la necesidad de substituir la simple relación causal que imposibilita determinar los supuestos para la atribución de un resultado y el ámbito de la responsabilidad de una persona, instituye un obstáculo el momento de la adecuación típica.

Claus Roxin (2013) manifiesta que la imputación objetiva deberá seguir dos principios que permiten su establecimiento, los que deben producirse en cadena uno tras otro de una manera estructurada, para Roxin estos principios son :

“(...) solamente puede imputarse al tipo objetivo un resultado causado por el actor cuando la conducta del autor hubiera creado, para el objeto de la acción, un peligro que no estuviera cubierto por un riesgo permitido, y este peligro se hubiese realizado también en el resultado concreto” (Roxin, LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL, 2013).

Lo que Roxin explica con esto, es que el tipo objetivo requiere la realización de un riesgo; el mismo ha de ser creado por el autor y este riesgo creado indispensablemente a de generar una afectación completa en el bien jurídico protegido, ya que si responde a meros cursos causales no podemos hablar de consumación.

“Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero, no obstante,

excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones.” (Roxin, LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL, 2013).

De una forma sencilla Roxin intenta explicar la complejidad del tipo penal, el autor busca que entendamos que el tipo contiene una conducta que es contraria a la norma, por lo cual será punible, en donde el legislador se ha encargado de establecer ciertas condiciones específicas respecto a ese delito, buscando que entendamos que todos aquellos actores que generen un resultado que no se encuentra irradiado por dichas condiciones, impide la imputación del resultado.

Al respecto Cerezo Mir, advierte que:

“(…) al tipo de lo injusto pertenecen todas aquellas circunstancias o elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva, aunque, en algún caso, no estén descritos en la ley y aunque no pertenezcan a la materia de prohibición del mandato, como ocurre con el resultado, que en muchas ocasiones constituye una exigencia del tipo penal, pese a que no forma parte de la conducta contraía a la norma” (Mir, 1998).

A lo que se refiere es que la prohibición en el Derecho Penal esta direccionada a todas esas acciones conducidas por la voluntad de un agente que busca generar una lesión a un bien jurídico o colocarlo en peligro, pero esto no supone la prohibición de realizar un resultado, y será el mismo Cerezo Mir (1998) el que esclarece esto cuando determina que “el resultado real, es decir, la producción efectiva del resultado, no puede pertenecer, por ello, a la materia de prohibición (o del mandato)” (Mir, 1998).

Para concluir acerca de la teoría de la imputación objetiva desde el punto de vista de Roxin, podemos decir que los razonamientos que establecen el juicio de la imputación objetiva por el resultado para el autor son: La “disminución del riesgo”; la creación de un riesgo jurídico - penalmente relevante o no permitido; aumento del riesgo permitido; y esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma. Estos criterios son los que permiten al autor asegurar que, para la imputación al tipo objetivo, reconoce la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.

Para Jakobs la prevención general de la pena será su fin esencial, es decir, el reconocimiento de la norma mediante su ejercicio debe tener como desenlace garantizar las expectativas sociales y esto solo se logra mediante la sanción. Sobre esto Jesús Alberto Gómez Gómez (2005) opina que sólo se puede confiar en la vigencia de la norma mediante la pena, aunque existe una infracción ocasional por el agente del delito, continua y dice que “esa sanción pretende lograr el “ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho, y finalmente, aparece la conexión existente entre la conducta atentatoria de la norma y la obligación de soportar las consecuencias, que el profesor alemán llama: “ejercicio en la aceptación de los costes” (Gómez Gómez, 2005)

Según narra Gómez (2005), Jakobs comprende que mientras exista una observancia a la normas se está respetando al bien jurídico, concepto que fue adoptado de su maestro Welzel (1956) que pensaba que “Más esencial que la protección de los bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la vigencia (cumplimiento) de los valores de acción de la actitud jurídica”

Gómez (2005), completa su ideas sobre Jakobs refiriéndose que para el profesor alemán, fijar los escenarios de responsabilidad dentro de la teoría del delito será la función básica de la teoría de la imputación objetiva convirtiéndose en la única forma de comprobar el carácter delictivo de una conducta. Gómez(2005) concluye que:

“Por ello, para este autor la teoría se divide en dos niveles: a) la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y, b) la constatación en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).” (Gómez Gómez, 2005)

Jakobs, en su obra la Imputación Objetiva en el Derecho Penal explica que el comportamiento humano se encuentra caracterizado de la siguiente manera:

“Lo que caracteriza el comportamiento humano, jurídico – penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos (...) Este significado ha de averiguarse a través de una interpretación que parta de la comprensión general y proceda en este sentido, de modo objetivo; pues sólo entonces las conclusiones alcanzadas resultarán comprensibles en la vida social y serán algo más que una peculiaridad individual. Los

fundamentos de esta interpretación, es decir la averiguación y la fijación de lo que significa un determinado comportamiento, desde el punto de vista social, constituyen el objeto de la teoría de la imputación objetiva.” (Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal., 1998)

Si analizamos lo antes dicho comprenderemos porque Jakobs (1998) piensa que en el ámbito de las relaciones entre personas, en el mundo, no está sistematizado de manera epistemológica basada en nexos de causalidad, ya que según al autor alemán la base será la normatividad por lo que cada comportamiento dependiendo del contexto adquiere un significado concreto. Y es por eso que Jakobs (1998) refiere que “El hecho de que un comportamiento cause de modo comprensible un resultado pernicioso, per se, no quiere decir nada, pues puede que en el contexto el suceso le competa a otra persona.” (Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal., 1998). Lo que el autor quiere que evidenciamos que lo que se procura es realizar una circunscripción del comportamiento socialmente inadecuado y el socialmente adecuado con esta delimitación es obvio que el contexto de cada persona fija su comportamiento; el incumplimiento de esta exigencia resultará que su comportamiento tenga un resultado delictivo, abriendo lugar a la teoría de los roles.

Jakobs, mantiene que la determinación de propiedades usuales y objetivas del comportamiento imputable, serán el objeto de estudio de la teoría de la imputación objetiva; el autor opina que:

“(…) Especialmente en los delitos de resultado surge la necesidad de desarrollar reglas generales (cotidianas) de imputación objetiva, por el siguiente motivo: la ley menciona solo la causación de un resultado, pero esta causación sólo puede bastar si es jurídicamente esencial. El carácter esencial falta no sólo cuando se pone de manifiesto, en relación con el tipo subjetivo, que el resultado no era el subjetivamente evitable, sino que falta ya cuando el autor no es responsable de aquello a lo que da lugar.” (Jakobs, 1997)

Existen cuatro instituciones dogmáticas dentro de la teoría de Jakobs que de acuerdo al autor solo a través de estas se podrá llegar al juicio de tipicidad estas son: El riesgo permitido; Principio de confianza; Prohibición de regreso; y Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima. Entendemos que todo contacto social llevará implícito un riesgo por más buena fe que existan en los participantes; esto Jakobs lo ejemplifica de la siguiente manera:

“No es posible una sociedad sin riesgo y no se plantea seriamente la renuncia a la sociedad, no puede haber una garantía normativa de total ausencia de riesgo, sino que, por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social irremediablemente ha de tolerarse.” (Jakobs, 1998)

Para el autor un eje de la teoría de imputación objetiva es el principio de confianza que lo entiende como la necesidad de considerar los fallos de otros sujetos que intervienen en una actividad con pluralidad de individuos, (sobre este aspecto ahondaremos en líneas posteriores), no podemos dejar de considerar a la prohibición de regreso que limitará el ámbito de la participación punible brindando criterios objetivos para determinar comportamientos imprudentes y dolosos. Algo que es de suma evidencia, es que todas las categorías del delito pasan a ser funcionales a la política criminal y esto se genera mediante la normativización de sus supuestos dogmáticos, en el aspecto más evidente es que la tipicidad objetiva recibe a la imputación objetiva y que el fin máximo de la pena siempre deberá ser preventivo, siendo esto la característica más sobresaliente del Funcionalismo.

De acuerdo con José María Peláez Mejía existen dos argumentos (en la jurisprudencia Colombiana) que han permitido el afianzamiento de la imputación objetiva de los cuales nos quedaremos con el que a nuestro parecer es el más interesante:

“ Hallar una fundamentación más razonable, sopesada y suficiente que la sola causalidad material para poder concluir la responsabilidad penal de un procesado y agregar motivaciones de mejor construcción argumentativa a partir de las cuales sea factible demostrar que la consecuencia lesiva es “obra suya”; en otras palabras, que depende de su comportamiento como ser humano”. (Pelaez Mejía, 2016)

Este análisis corto pero concreto sobre la imputación objetiva nos permitirá ir sentado las bases necesarias para poder hablar sobre el principio de confianza y el por qué se lo considera como un aspecto negativo de la teoría de la imputación objetiva de manera que podemos ir delimitando el problema jurídico en cuestión, sin embargo, no basta solo partir de la imputación objetiva si no

debemos remitirnos al punto de partida del principio de confianza es decir el momento en el que éste aparece dentro de la historia.

1.2. El Principio de confianza. – Antecedentes.

Maraver Gómez (2009), quien realiza un análisis exhaustivo de la historia del principio de confianza señala que el principio de confianza será un principio de elaboración jurisprudencial, que a mediados del siglo XX, surgió en Alemania, por la necesidad de limitar la responsabilidad por imprudencia en el tráfico rodado, en esta época explica el autor que la actuación incorrecta de terceras personas en las que se producía un resultado lesivo y el crecimiento del tráfico automotor, será lo que llevaría a los tribunales alemanes a la creación de un novísimo criterio de solución, en el que se reconoce que los conductores gozan de la posibilidad de confiar en que un tercero actuará de forma correcta en su intervención en el tráfico, a todo esto se le debe sumar que en aquella época el criterio de previsibilidad no tenía límite alguno es decir los conductores estarían obligados a realizar una adaptación de su comportamiento a las incorrectas actuaciones de terceros intervinientes en el tráfico, por lo que se volvió necesario limitar este criterio.

Para Maraver Gómez (2009) la normativa del tráfico vial será la que buscó positivizar jurídicamente al principio de confianza, no obstante el autor sostiene que el anclaje intentado no siempre siguió la misma línea, ni intensidad, este autor opina que : “Unas veces se buscaba en una normativa concreta del tráfico como la normativa de preferencia y otras veces se buscaba en un criterio o principio de carácter general, para lo que se acudía a diferentes preceptos de la normativa de tráfico” (Maraver Gómez, 2009) siendo claro para el autor que en Alemania la consecuencia fue la falta de regulación del principio de confianza, ya que la doctrina y la jurisprudencia buscaba darle un fundamento en base a un único precepto normativo, cuando lo correcto hubiese sido hacerlo tomando las normas reguladoras del tráfico.

Sin embargo para Maraver Gómez (2009) en los años treinta del siglo XX, buena parte de la jurisprudencia alemana intentó fundar el principio de confianza de acuerdo a la idea de comunidad

de tráfico que se establecía en el artículo 25 de la *Reichsstraßenverkehrsordnung*¹ (RStVO) de acuerdo a este artículo “todo participante en el tráfico debe comportarse de manera que no dañe a ningún otro o no lo estorbe o moleste más de lo que sea inevitable según las circunstancias”. (citado por Maraver Gómez, 2009)

El mismo *Reichsgericht*² mantuvo en una de sus sentencias que gracias a ese artículo los distintos participantes del tráfico, tenían el deber de cumplir con los requisitos viales entendiéndose que todos aquellos que intervienen en el tránsito vehicular confían con el cumplimiento de ese deber. En 1937 una nueva ordenanza vehicular consideraría este criterio y lo acogería como parte de su normativa, pero 26 años después, en 1963, un nuevo proyecto de ordenanza vehicular mantenía la práctica que desconocía el principio de confianza de una manera expresa, en donde su vigencia se mantendrá relegada a conceptos dispersos dentro de la normativa.

De acuerdo con Maraver Gómez (2009) “la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*³” no llegó a mencionar expresamente ninguno de estos preceptos de la ordenanza del tráfico, pero la doctrina reconoció su relación con el principio de confianza”, en este punto no debemos olvidar que existe una falta de reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico positivo del principio de confianza, para el autor algo que debe ser rescatado es que tampoco existió un reconocimiento del principio de conducción defensiva a pesar de que en varias ocasiones se procuró deferirlo de la normativa vial. Prestar atención a la conducción genera un obvio respeto a los participantes en el tráfico, por lo que pareciese obvio la exigencia de un principio de conducción defensiva, pero esto implicará el desconocimiento de la necesidad del principio de confianza, razón que permite colegir que el precepto del principio de confianza admite la convivencia entre ambas acepciones y no limitará su concepto, y ámbito de aplicación.

¹ Con la implantación del régimen nacionalsocialista se produjo la promulgación, en 1934, de una nueva ordenanza del tráfico viario –la *Reichsstraßenverkehrsordnung* (RStVO)

² Tribunal Supremo del Imperio alemán en materia civil y penal desde 1879 hasta 1945 con sede en Leipzig, el Tribunal imperial creó un extenso y completo cuerpo jurisprudencial durante el periodo Guillermino y el subsiguiente de la república de Weimar.

³ Tribunal Federal de Justicia Alemania, es el tribunal supremo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última instancia en materia civil y penal. Desde su creación en 1950, tiene su sede en el Palacio del Gran Duque Heredero de Karlsruhe

El origen del principio de confianza en Alemania, es de orden jurisprudencial, el cual lo ha ido consolidando, su desarrollo se irá dando por el debate existente entre la doctrina y jurisprudencia en los años setenta del siglo XX, sobre la relación entre el principio de confianza y el principio de conducción defensiva que no implica un rechazo del primero o un retroceso al criterio del principio de desconfianza, más bien es una señal que acabó convirtiéndose en una especie de llamada de atención sobre la obligación de delimitar el espacio que este deberá cumplir dentro de la dogmática jurídica, reconocimiento que adquiere en años posteriores.

En la actualidad la doctrina alemana reconoce validez plena al principio de confianza desarrollado en la jurisprudencia de este país desde los años treinta del siglo XX, empero Maraver Gómez (2009) reitera que:

“ (...) el reconocimiento jurisprudencial de este principio de confianza no ha ido acompañado (...) de una clara fundamentación teórica. La mayor parte de las sentencias se limitan a admitir la posibilidad de confiar en el comportamiento correcto de los terceros sin explicar los motivos por los que cabe esa posibilidad.” (Maraver Gómez, 2009)

Maraver Gómez (2009), continúa narrando que en España de una forma bastante similar este principio empezará a afianzarse algunos años más tarde, debido a que conceptos como el de previsibilidad fijaban la responsabilidad por imprudencia de los conductores, esto llevó al Tribunal Supremo a consolidar la validez del principio de confianza en el tráfico vial. Alemania y España tienen similar punto de partida para el principio de confianza esto es en base al desarrollo jurisprudencial en el entorno del tráfico vial, cuando hablamos del principio de confianza y su origen en uno u otro estado comprendemos que es una noción que ha logrado su consolidación en los últimos años, como un argumento central para definir la responsabilidad de un individuo en la comisión de un resultado ofensivo a un bien jurídico en el tráfico vial considerando un ámbito de aplicación reducido para el mismo, el cual es mucho más amplio como se demostrará.

En la normativa española el principio de confianza implicará que el participante del tráfico que cumple con un correcto actuar, no brinda la posibilidad de ocasionar reacciones que se encuentran fuera del ámbito de lo normal y tiene plena fe, que los demás cumplirán correctamente con las normas del tráfico vial, con la lógica excepción de que todo esto dependerá de las circunstancias de cada caso. A pesar de todo Maraver Gómez (2009), concluye:

“ Que la fundamentación de este principio de confianza en el ámbito del tráfico viario, la jurisprudencia española tampoco aporta especial claridad. Su reconocimiento ha ido acompañado, simplemente, de manifestaciones genéricas sobre la normal experiencia o sobre la importancia de garantizar la fluidez del tráfico o el sentido de las normas de circulación, sin realizar” (Maraver Gómez, 2009)

Lo que podemos advertir es que el origen del principio de confianza radica en el tráfico automotriz que tiene un desarrollo jurisprudencial sobre todo en las legislaciones de países como Alemania y España, pero, su beneficio y provecho son razones para extenderlo a todas esas actividades sociales, que tiene una partición con una pluralidad de individuos, es decir todas aquellas actividades realizadas en equipo.

1.3. Principio de confianza. - Concepto.

Sandro Abraldes en su obra Delitos Imprudentes y Principio de Confianza, para empezar su definición sobre el principio de confianza parte del siguiente criterio:

“(…) que en óptimas e ideales circunstancias, una comunidad debería desarrollarse y funcionar de un modo tal que todos los que formen parte de ella procedieran con observancia de las normas jurídicas y de las reglas de cuidado establecidas para evitar afectaciones a los bienes jurídicos.” (Abraldes, 2010)

Pero es evidente que el criterio dado por Abraldes, como el mismo autor los comprende es todo menos algo aplicable a la realidad, debido a que, en el contexto social, una parte mayoritaria de sus entornos siempre actuará desobedeciendo la normativa vigente, por lo que se vuelve imperioso fijar mecanismos para conseguir comportamientos sociales claramente determinados.

Reyes Alvarado (1996) opina que:

“(…) la forma de vida debe estar edificada sobre el supuesto de un consenso entre sus coasociados en relación con la necesidad de obedecer determinados patrones de comportamiento pues de lo contrario la existencia entre ellos lejos de permitir una armónica convivencia se convertiría en su mayor obstáculo” (Reyes Alvarado, 1996).

Para este autor la consecuencia máxima de este consenso, que tiene como objetivo fundar las directrices del comportamiento social, será lo que produce en cada sujeto una necesidad de regular su actuar de conformidad a la reglamentación aceptada, basado en la certeza de que los demás individuos procederán de igual manera, siempre conscientes de que ello no siempre sucede.

Gran parte de los autores al iniciar su definición acerca del principio de confianza parten de una similitud, acerca del comportamiento humano dentro de una sociedad y el respeto que se debe tener por las normas de conducta y las reglas de sanción, desde este punto de partida se vuelve algo obvio el concepto que ellos quieren precisar acerca del principio de confianza, el cual se puede deducir de una manera indirecta, sin embargo, no determinan de una manera clara que debemos entender por estas normas y reglas del comportamiento, dando por sentado que son ideas que se encuentran clarificadas en el entendimiento de aquellos que recurren a sus textos, no obstante debemos considerarlas pues solo de esta manera lograremos un mejor acercamiento a una definición del principio de confianza y el rol que este cumple dentro de la teoría del delito.

Edgardo Donna(2006) en el tomo I de su obra Derecho Penal Parte General, realiza un análisis profundo acerca del Derecho como Sistema de Normas, el autor parte desde la teoría de las normas de Karl Binding quien estimaba que el tipo penal debía ser comprendido como una expresión contraria a las normas de conducta que se encontraban en vigencia, seguido por el entendimiento del bien jurídico de acuerdo a Von Liszt que especificaba que el objetivo del Derecho Penal era la defensa de los bienes jurídicos. Para este autor la norma no requiere contener una orden, siendo importante lo que el hecho puede significar para la sociedad, después pasa a narrar la corrección realizada por los neokantistas Mezger-Ed Schmidt acerca de la necesidad de una norma de motivación o determinación, en palabras de Bacigalupo “(...) la norma tenía dos momentos, una forma objetiva de valoración y, a la vez pero en dirección al autor, una norma subjetiva de valoración” (citado por Donna & Barbero, 2006 pág, 190)

Continuará su análisis el autor desde el punto de vista del finalismo penal y su teoría final de la acción en donde Welzel decía que “las normas jurídicas, las prohibiciones y los mandatos del Derecho no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones que permitan una configuración del futuro dirigida finalmente” (citado por Donna & Barbero, 2006, pág. 191). Para Welzel solamente aquellas acciones que tienen un fin, siendo estas voluntarias, fijan los

comportamientos relevantes de protección, de esto surge la idea de que la norma como proposición requiere un sujeto que se obligue a cumplirlas de manera incondicional.

Donna habla sobre la posición que establece Kaufmann sobre que, las normas expresan un imperativo categórico y esto se debe a su contenido valorativo; de acuerdo con Silva Sánchez cuando existe una negación de alguno de estos criterios cualquiera sea su orden se rompe el consenso que existe entre ambos, la teoría de Kaufmann, sirve para acentuar la distinción entre las normas de sanción, que son aquellas que contienen efecto jurídico, su aplicación será realizada por los órganos jurisdiccionales; las normas tipo conducta, que lo que en sí buscan es reglar una conducta, cuya violación genera la aplicación de una norma primaria o de sanción; conceptos que en lo posterior nos servirán para entender el papel del principio de confianza dentro de la sociedad.

Donna, comenta que estas teorías han sido objeto de varias críticas, sobre todo de los autores que parten del pensamiento formulado por Luhmann y Habermas que buscan que las normas sean afrontadas desde la perspectiva de la conformación social, enfrentando la idea que Kauffman plantea ya que en opinión de ellos esta se limita a un criterio individualista, el autor para poder llegar a un conclusión aborda los sistemas funcionalista que parten del análisis sociológico de Luhmann, para los funcionalistas el Derecho Penal deberá certificar la identidad de la norma, la constitución y la sociedad, partiendo de que ésta es un sistema complejo que debe encontrarse comunicado entre sí, solo de esta manera se encontrara la identidad social porque la comunicación defectuosa tiene como respuesta la confirmación de la necesidad de aplicación de la norma. Compartimos la visión que tiene Donna cuando manifiesta que:

“(…) de lo leído parece necesario aceptar el concepto de norma, diferenciando entre norma de conducta y norma de sanción. Y que esa norma debe ser un imperativo en el sentido de que debe ordenar o prohibir ciertas conductas cuyo resultado conforman parte de la acción”

Pensamos que las normas son la única alternativa para una protección idónea de la autonomía de la voluntad y los bienes jurídicos. Las aproximaciones que hemos realizado acerca de la imputación objetiva, antecedentes del principio de confianza desde su origen jurisprudencial y la referencia acerca de norma y como ésta configura el sistema de Derecho, nos da pautas claras para poder conceptualizar el principio de confianza, además en lo posterior nos permitirán definir su fundamentación, ámbito de aplicación y el lugar que ocupa dentro de la estructura del delito. El

reconocimiento jurisprudencial y doctrinario sobre el principio de confianza en palabras de Reyes Alvarado (1996) “(...) encierra justamente la facultad de asumir como regla general de comportamiento de los ciudadanos que se conducen conforme a las previsiones sociales de conducta” (Reyes Alvarado, 1996); es decir el principio de confianza siempre estará enmarcado dentro del riesgo permitido, impidiendo la creación de un peligro innecesario.

Todos somos seres sociales, la interacción entre personas se vuelve indispensable, pero esta interacción implica una base de confianza, el Derecho Penal como ciencia reguladora de las conductas humanas que facilitará el contacto social y procurará que no exista un entorpecimiento de las relaciones, debe encontrar su anclaje en el eje normativo del sistema de la imputación. De acuerdo con García Caveró “El núcleo conceptual de este principio estriba en que a pesar de la constatación de los errores de los demás, se autoriza a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de aquéllos” (García Caveró, 2007), por lo que pensamos que cualquier actividad con un riesgo de cualquier índole, permite a sus intervinientes pensar que aquellos que participaran ajustan su actuar al ordenamiento jurídico.

Se vuelve útil comprender que la confianza antes referida no debe ser entendida en el sentido sentimental, psicológico o coloquial, se trata de una confianza de orden, que de acuerdo con Polaino-Orts es “(...) aquella que posibilita los contactos sociales: el ciudadano racional, fiel al ordenamiento jurídico confiará en que los demás se comporten del mismo modo, es decir, cumpliendo las expectativas sociales que les atañen y respetando a los demás como personas.” (Citado por Medina, 2010), lo que se entiende es que la confianza debe ser vista desde el espectro normativo, dado que implica en sí un confiar en el actuar de terceros.

Para Sandro Abraldes (2010) el Derecho Penal, es un instrumento de control, que en el afán de conseguir sus fines, declara ciertas conductas como indeseables e impone consecuencias jurídicas a la realización de otras; Cury Ursua, cree que el principio de confianza es un criterio que abarcará todo y cada uno de los ámbitos de la vida social, sobre esto Abraldes (2010), opina que:

“La vida en sociedad se volvería irrealizable sin una división del trabajo que resulte eficaz (...) si cada uno debería controlar todo lo controlable, a menudo sería imposible la distribución de labores efectivas; cuando menos, tener que dedicarse a fiscalizar la actividad ajena excluiría la dedicación a la actividad propia” (Abraldes, 2010)

El autor completa esta idea cuando nos da a entender que una atención continua e ideal o una reacción oportuna ante situaciones de la vida no siempre se van a producir en el ámbito de lo práctico, esto conlleva una complejidad difícil de superar, es por eso que de conformidad con el ordenamiento jurídico solo se puede exigir la observancias de ciertas posibilidades de afectación a los bienes jurídicos. A manera de introducción podemos decir que el principio de confianza es aquel postulado que permite que la conducta de un individuo dentro del tránsito jurídico, sea ejecutada de acuerdo a presunciones de que sus semejantes actuaran respetando las reglas de la atención debida y cumpliendo con las normas jurídicas, evitando el actuar imprudente, cambiándolo por un actuar precavido.

1.4. Ámbito de aplicación

Como se ha podido evidenciar hasta ahora el principio de confianza no es más que aquella edificación teórica de origen jurisprudencial que en su principio estaba relacionado con el sector de las actividades del tráfico automotor, pero el amplio provecho que nos brinda permite extenderlo en su marco de aplicación a varias actividades sociales sobre todo aquellas en la cual la participación es realizada en conjunto por una diversidad de sujetos que deben dividir su trabajo para cumplir con fines determinados. De acuerdo con Lautaro Contreras (2018) “el principio se ha concebido hace décadas como un criterio jurídico de carácter general, y la jurisprudencia y doctrina han extendido su vigencia a distintas formas de actuación conjunta en divisiones de trabajo”. (Contreras, 2018)

En este sentido Fiore piensa que:

“(…) asume notable relevancia no solo en el ámbito de la circulación vial, sino también con relación a la determinación de la responsabilidad por imprudencia en el área de las actividades que se desarrollan en equipo y, de modo más genérico aún, con referencia a de la división de las tareas y delegación de funciones en la organización del trabajo.” (Citado por Abralde, 2010).

López Díaz delimita el ámbito de aplicación del principio de confianza a cuatro ámbitos a saber: a) en el tráfico automotor, b) en la realización de trabajo en equipo, c) en la solución de aquellos casos en que se facilita la comisión de un hecho doloso por parte de un tercero y d) en los problemas

de realización de riesgos. El autor al clasificar el principio quiere demostrar, que su aplicación enmarca todos los ámbitos de la vida social.

En los casos de la actuación conjunta como la eficacia de la división del trabajo, la delimitación de la responsabilidad y fijación de tareas son criterios determinantes para fijar el ámbito de aplicación del principio de confianza, cuyo rol es mucho más importante de lo que se puede imaginar ya que sin su existencia, el control y vigilancia de un actuar sería en función de la desconfianza, y aquellas acciones regidas por una necesaria especialización y cooperativismo no pudiese darse; la ausencia del principio en estos ámbitos limitaría su eficiencia.

1.5. Fundamento Doctrinario del principio de confianza.

1.5.1. Análisis de las principales posiciones.

El contenido del principio de confianza es generalmente aceptado, empero, la controversia que surge en torno a su ubicación dentro de la estructura del delito y las consecuencias que este puede producir dentro del ámbito de aplicación de la teoría del delito son de la más variada índole, situación de la que no escapa y que se logra evidenciar dentro del fundamento teórico del mismo. Diversos puntos de partida nos demuestra la afirmación antes realizada y por ende las distintas posiciones existentes, en donde un sector lo concibe como un premio a favor del que se comporta de acuerdo a una exigencia debida, por otra parte se lo entiende como una limitación al criterio de previsibilidad, otros lo entienden como una manifestación de la auto responsabilidad, una cuarta lo ve en base del interés que existe en la libertad de actuación y el que se deriva de la protección de bienes jurídicos. A continuación desarrollaremos estas teorías.

Comenzaremos con la denominada teoría del premio, de acuerdo con ella al aplicar el principio de confianza se estaría recompensando al sujeto que se comporta respetando las normas viales en el tráfico, solo el que actúa de acuerdo a las mandatos viales podrá esperar que los demás se comporten de acuerdo con la normativa vigente, quien no tenga la disposición de someterse a dichas reglas es consciente que los demás intervinientes tienen una razón para no acatarlas, es decir cuando un acto de cualquier individuo sea conforme a la normativa le dará al mismo un tipo de pago que se deriva de la confianza; en resumen podemos decir que el cumplimiento de la

normativa, permite ejercer una libertad por la cual se le reconoce que no debe contar con que los demás quebrantaran los deberes de cuidado.

El problema de esta teoría de acuerdo con Brinkmann es que:

“esta teoría deduce el fundamento del principio de confianza solo de una excepción al mismo (la conducta propia contraria al deber) y, por eso, reposa en un argumento circular: como el principio de confianza no rige cuando el sujeto inflige las reglas (...), aquel premia la conducta ajustada a deber; en tanto recompensa la conducta ajustada a deber, encuentra su legitimación en la idea del premio”. (Citado por Contreras, 2018)).

Esta teoría se fundamenta en el principio de confianza entendida desde su misma esencia y esto dejaría sin efecto el principio.

De acuerdo a la teoría que lo ve como una limitación al criterio de la previsibilidad podemos opinar que de acuerdo con Eser (1976) “ (...) la concepción se deriva de la postura de quienes consideran que el mentado principio sirve para delimitar tanto el deber objetivo de cuidado como la previsibilidad subjetiva” (Reyes Alvarado, 1996), y Martínez Escamilla completa esta idea que además lo utilizan quienes encuentran en sus condiciones de su actuar señales que permiten ver la imprudencia como predecible.

Como todas las teorías que observaremos esta no se encuentra libre de crítica alguna, encaja en la posición de Reyes Alvarado (1996), conduce a admitir que la realización de conductas distantes de las medidas de conducta social no es previsible por la escasa ocurrencia; por lo contrario, desde la crítica en consideración se arguye que un examen del modo como a diario se comportan quienes toman parte en el tráfico automotriz (opinamos que es aplicable para todos los ámbitos de aplicación del principio de confianza) lleva al reconocimiento de que el cúmulo de actuaciones no coincidentes con la forma debida sería suficiente para tomar previsible su ocurrencia, sin que por ello pierda efectividad la credibilidad en la conducta normativa de terceros, ya que a pesar de una obvia previsibilidad de conducta el principio de confianza se impondrá ante esta.

La posición que considera al principio de confianza visto desde la perspectiva de un postulado de autorresponsabilidad, parte del punto de que todos los individuos son responsables de los resultados que se desprende de su actuación defraudadora, es decir que su actuar contravenga los estándares

de convivencia social, de esto entendemos que cada persona deberá limitar su responsabilidad a las consecuencias que generó su actuación y sólo en determinadas excepciones pueden trasladarlas a terceros; Lenker entiende que “(...) el principio postula que cada uno debe preocuparse de que su comportamiento no lesione bienes jurídicos y no de que el comportamiento de los otros ocasione tal lesión. Esto último pertenece al ámbito de la responsabilidad de los demás” (Citado por Contreras, 2018). La autoresponsabilidad dentro del ordenamiento jurídico se basa en la consideración de la libertad para actuar, por lo que el reproche a los que incurren en actuaciones antijurídicas también se podrá extender a la limitación de la responsabilidad de los deberes obtenidos. Para Sandro Abraldes (2010):

“ (...) las divergancias de comportamiento son las que, según la posición explicada, permite sostener que no todo incunbe a todos, de manera que como regla general y salvo las obligaciones derivadas de las normas que regulan la solidaridad social, solo se tiene obligación de actuar conforme a lo que de cada uno en sus respectivos roles se espera” (Abraldes, 2010)

Esto implica que las actuaciones sean organizadas sobre la idea de que los intervinientes en la actividad social se conducirán como se espera que ellos lo hagan ya que el Derecho faculta la confianza de que los demás cumplan con el cuidado de sus deberes. Esta posición es refutada desde el punto de vista de que en el caso de un aumento de riesgo, el principio de confianza perdería su primacía, ya que protegería al infractor de las normas sin contar con el perjuicio de su propia responsabilidad.

El punto de vista de la teoría de la ponderación entre el interés de la libertad de actuación y el derivado de la protección de los bienes jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia sobre todo la alemana consideran que la vigencia del principio de confianza será dada por la ponderación de los intereses antes mencionados. En esta línea Bosch considera que “el principio de confianza es una manifestación del riesgo permitido, conceptualizado como el resultado de una ponderación de intereses” (Citado por Contreras, 2018), lo que la teoría del interés busca explicar es que, el principio de confianza encuentra su fundamento en la ponderación de los actores humanos libres y voluntarios y los peligros inevitables que admiten ejercitar la libertad, pero contar con el comportamiento de que los demás infrinjan el cuidado debido, implicaría estar obligado a

considerar en todos los casos, la contingencia de la propia actuación para de alguna manera evitar responder por un resultado causado, eliminando la libertad individual de una persona para actuar en determinado entorno social.

Por eso la teoría del interés es criticada desde el punto de vista que considera que aceptarla como unánime implicará desconocer varios procesos que regularmente suceden dentro de las relaciones sociales; generando la imposibilidad de su producción; si todos tuviésemos que reflexionar de manera constante de que los terceros cometerán conductas erradas.

1.5.2. Fundamento normativo

Para hablar del fundamento normativo del principio de confianza es menester realizar una aproximación al papel que juega el bien jurídico dentro del Derecho Penal y la razón por que la protección de estos bienes fundamentales y vitales serán la misión principal del Derecho Penal, Kaufmann, opina que no existe una discusión seria “en la ciencia penal el principio según el cual la misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos” (Citado por Mir Puig, 1982), Wolfgang Naucke (2006), cree que en cada época determinados bienes jurídicos generarán un interés en el ser humano y sucederá lo mismo con los procesos para manejarlos, este autor afirma que el Derecho es el medio para la protección de estos bienes siendo este el que ordena el modo de proceder con ellos.

Abraldes (2010) hace una consideración cuando empieza a tratar el tema, él cree que es necesario destacar la posición funcionalista sistemática desde la cual el Derecho Penal solo velará por la vigencia de la norma, la reafirmación en los casos de quebrantamiento de las expectativas de comportamiento, opina que la teoría relega el verdadero contenido material de las normas, siendo clara la deslegitimación jurídica del Derecho Penal al fijar su campo de acción en la protección de la vigencia de la norma. La justificación del Derecho Penal se da en base a la protección que este brinda, aquellas condiciones de vida en una sociedad basada en la libertad de las personas, siendo esas condiciones los bienes jurídicos en donde la función de la norma es ser un instrumento de

protección de los mismos, por eso la función del Derecho Penal será el aseguramiento de la sociedad garantizando su existencia y desarrollo.

Cerezo Mir sobre este aspecto cree que la función del Derecho Penal está encaminada a la protección de los bienes jurídicos que no son más que los objetos y valores que permiten encaminar la relaciones humanas, es decir todas aquellos aspectos que permiten el desarrollo del orden social y se encuentran amparados por este. A lo largo de la historia de la norma de tipo penal se ha afianzado el concepto que de esta implica “un deber ser” que permite el desarrollo pacífico de las conductas humanas y por medio de esto la autorrealización del individuo; Gonzalo Fernández (1998), estima que la protección de un bien esencial de las personas que se encuentra ligado a las relaciones sociales en las que interviene, generará su participación social y por ende su autorrealización como individuo. Abraldes (2010), opina sobre este aspecto que :

“(…) a partir del reconocimiento del principio de lesividad, lo ilícito debe alzarse contra la relación social fundamental para la participación y desarrollo del sujeto en cuanto el actor social y, con ello, se habrá ofendido el derecho de autorrealización integral de las personas” (Abraldes, 2010)

Lo que intenta explicar el autor es que el principio de lesividad será un límite para evitar legitimar cualquier intervención punitiva, porque no se puede pasar por alto la limitación del concepto del bien jurídico ya que se requiere que exista una afectación sea por un peligro o lesión para evitar la afectaciones insignificantes, siendo por lo tanto una limitación a las prohibiciones y las penas.

La autorrealización de un individuo no involucra la exclusión de bienes jurídicos colectivos, o de aquellos que se proyectan en las personas jurídicas, en razón de que la lesividad permita el desarrollo de la autorrealización de las personas en donde la protección de estos bienes jurídicos colectivos será posible en la medida que éste implica la proyección en las personas de una manera individual de manera que se utilicen para servir el interés del hombre, Cerezo Mir(1998) opina que de acuerdo con la ciencia Penal los bienes del individuo deben ser protegidos cuando revisten una importancia social por lo que el interés que determinado individuo tenga sobre el bien no es objeto de protección porque es un bien del Derecho y no del particular.

Se deberá entender que los bienes jurídicos no son ni deben ser tratados como objetos estancados, sino son unidades sociales funcionales sin las cuales no se puede estructurar una sociedad. Welzel (1993,) ya afirmó en 1993 “que solo hay bienes jurídicos en la medida en que están en función, esto es, en la medida de la interacción social y su acción está en ella receptivamente” (Citado por Abraldes, 2010) lo que el autor intentaba explicar es que la existencia de los bienes jurídicos está condicionada al ser en función, en la medida que se ejerza efectos sobre la cohesión social y reciba los efectos de esta. Por lo que el mismo autor estima que las amenazas penales tienen por objeto las conductas que pongan en peligro todos aquellos presupuestos que se consideren básicos para la vida en sociedad tomando como punto de partida la responsabilidad y libertad de los individuos.

La articulación del Derecho Penal mira como esencial la teoría del bien jurídico y la función que cumple dentro de la estructura de la teoría del delito, Fernández opina “que ostenta un potencial limitador, actualizable en la instancia legislativa de criminalización primaria, donde plasma su función crítica” (Fernandez, 1998); debemos considerar que el legislador no puede ni debe creer que goza de una libertad absoluta en la creación de bienes jurídicos, porque estos deben derivarse de aquellos valores que la constitución considera fundamentales, por lo que el bien jurídico será una barrera infranqueable ante los excesos del legislador. La tipicidad de la conducta dentro de la esfera de la teoría del delito no solamente implica que al tipo penal se le debe subsumir la conducta desplegada, sino que debe existir una afectación del bien jurídico protegido que debe ser parecido desde el punto de vista de un juicio valorativo que será dado por un órgano competente mediante una valoración jurídica.

Pero el bien jurídico no tiene importancia solamente en el aspecto de tipo objetivo de lo injusto, ya que en la culpabilidad será determinante de acuerdo con Fernández (1998) “ Así, si el bien jurídico conlleva una relación de disponibilidad social, imprescindible para la participación social y auto realización del sujeto, ello debe tomarse en consideración al momento de evaluar la culpabilidad del autor” (Fernandez, 1998) Debemos considerar que la motivación en la norma se verá afectada en mayor o menor medida de acuerdo a la disponibilidad del bien jurídico y esa afectación por otro lado implica la falta de exigibilidad de otra conducta.

De estas consideraciones sobre el bien jurídico y la función del Derecho Penal nos permiten encontrar la esencia misma del principio de confianza y su relación con el concepto del bien

jurídico protegido ya que permite entender por qué este entra en acción constante y soporta los efectos sociales, debemos entender que la confianza que se coloca en que las personas actuarán correctamente no es más que una manifestación del funcionamiento de la sociedad, razón por la que en una comunidad organizada el proceso destinado a la consecución de las necesidades entendidas como bienes y estos como medios requiere de una división de funciones, es por eso que Cury Urzua(1992), estima que:

“(…)el principio de confianza lo que simple y sencillamente proporciona es una organización verdaderamente razonable del esquema en el que se producen numerosos contactos interpersonales, anónimos y no anónimos, a la vez que se torna plausible una mayor efectividad, seguridad y calidad de la actividad social de cuyo desarrollo se trate.” (Cury Urzua, 1992)

Para Abraldes (2010), el principio de confianza enrumba su norte y función en la medida que permita una protección de los bienes jurídicos aportando a la esencia de los mismos en donde los valores requieren ser caracterizados para que puedan ofrecer a su titular un grado de plena convicción de que mediante el respeto y cumplimiento de los mismos se producirá su autorrealización personal en el contexto social, la falta de reconocimiento del principio de confianza generaría una paralización en el progreso porque el bien jurídico es dinámico y esto sumado al principio de confianza es lo que origina la autorrealización del sujeto, es por eso que el reconocimiento normativo se vuelve trascendental para ofrecer realidad al principio, por que quien desconoce que la confianza permite de forma inmediata que se produzca la complejidad de una situación en donde se deba considerar todos los cursos de acción posible que derivan del actuar de un tercero en ejercicio de su libertad y esto no produce más que la paralización en el desarrollo del tercero, ya que quien no confía deberá tomar un sin número de recaudos sin límites que lo inmovilizaron de su actuación social.

El principio de confianza, debiera fundamentarse en su función delimitadora de los aspectos negativos de las diferentes esferas de la responsabilidad; porque confiar implica reconocer un carácter general de la limitación de las tareas o de un reparto eficaz de las mismas. Maraver Gomez cree que:

“Así, en principio, desde el momento en que el tercero tiene asignado un deber de cuidado sobre el riesgo es posible aplicar el principio de confianza. En este sentido, puede afirmarse que el principio de confianza, al igual que la prohibición de regreso tiene un carácter normativo y objetivo, pues la delimitación se basa en el hecho de que el tercero tenga asignado un deber de cuidado y se realiza con independencia de la representación subjetiva de los distintos intervinientes.” (Maraver Gómez, 2009)

1.6. Ubicación dentro de la estructura del delito.

Para la doctrina mayoritaria el principio de confianza desde una visión sistemática se califica como una expresión del riesgo permitido. El riesgo permitido en palabras de Lautaro Contreras es entendido como “esa consecuencia negativa que, según la experiencia de vida, trae aparejada la realización de cierta conducta y que es aceptada en razón de su utilidad social; ese comportamiento, en todo caso, debe cumplir con ciertas condiciones de minimización de peligros” (Contreras, 2018) estos riesgos se consideran riesgos generales de vida, por lo que todas aquellas conductas que producen riesgos permitidos no implican el injusto del tipo y por ende son atípicas.

Para Lautaro Contreras (2018) se deberá considerar la posición emitida por Jakobs, que entiende que además de ser un caso de aplicación del riesgo permitido, el principio de confianza es abarcado por la prohibición de regreso, para este autor también se debe evidenciar que una parte minoritaria de la doctrina vincula al principio de confianza en la estructura del delito culposo ligándolo al elemento de la previsibilidad.

Las formas de conducta que originan riesgos permitidos deben tenerse en cuenta, en el tráfico vial, que a pesar del cumplimiento de todas las normas viales siempre existirá un riesgo por lo que se volverá inconcebible dejar por fuera la posibilidad de que se produzcan daños a determinados bienes jurídicos, esto también se verá reflejado en todas aquellas actividades que se deben cumplir entre individuos y que de una u otra forma llevan implícito un riesgo como la construcción de una edificación, la extracción de minerales, la actividad nuclear, en estas actividades lo decisivo será si se mantienen dentro de lo permitido por el Derecho, posibilitando la concepción del riesgo permitido distinguir si los riesgos son irrelevantes o relevantes desde el ámbito jurídico.

La relación del principio de confianza con el cuidado debido, será dado por la manifestación del principio como una expresión del riesgo permitido, el cuidado debido para Corcoy Bidasolo “(...) determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que ésta sea correcta(...) el cuidado debido se basa en la experiencia que se tiene de determinadas actividades en las cuales no existe una reglamentación específica.” (Bidasolo, 1989). En palabras de Sandro Abraldes (2010), el Derecho impone la exigencia de que varias acciones de la vida social deberán ser realizadas con determinado cuidado, su inobservancia es considerada en función de un criterio normativo, siendo importante la diligencia, por medio de esta se evitará la lesión a bienes jurídicos. La característica que acompaña la acción de un sujeto, con el fin de proteger un bien jurídico es lo que entendemos por deber objetivo de cuidado, la jurisprudencia tiene una opinión similar, esta considera que es una forma de conducta externa dirigida a evitar menoscabos a derechos ajenos.

El desarrollo de normas de cuidado en ciertas actividades sociales se vuelve forzoso para poder determinar la tipicidad de una conducta, de lo contrario, su falta de desarrollo determinará la atipicidad de estas conductas, el desarrollo de esas normas se deberá realizar desde la perspectiva que tuviese una persona sensata, diligente, con un conocimiento profesional determinado o que se ha desenvuelto con normalidad en un círculo social.

De acuerdo con Abraldes (2010)

“(...) desde la posición favorable a la adopción de criterios de imputación objetiva en ocasiones, en completo remplazo del concepto de cuidado objetivamente debido el principio de la confianza conlleva una permisividad de conducta, y es, por lo tanto, una manifestación del riesgo permitido desde que autoriza a organizar el propio comportamiento sobre el supuesto de que los demás actuarán reglamentariamente” (Abraldes, 2010).

Para el autor al cual recurriremos en este acápite con habitualidad por la claridad de su exposición acerca del tema, esta postura es sustentada por aquellos que defiende la admisión del principio de confianza respecto de todo clase de ilícitos penales, ya que enmarcarlo dentro de los delitos imprudentes sería desconocer el riesgo permitido como una figura de la imputación objetiva presente en los delitos dolosos, consumados, tentado e imprudentes.

Cury Urzua(1992), concibe que el principio de confianza es una limitación de la previsibilidad por lo que está encasillada en un marco razonable para la tolerancia de la realización de actividades riesgosas, según este autor la imaginación humana permite prever casi todo, por lo que anticipar un actuar incorrecto de determinado ser humano es una tarea sumamente fácil, y por ende que “ debe considerarse imprevisible aquella conducta de un tercero que, imprudentemente sitúa al que despliega, o a otro, en la zona de peligro creada por la acción riesgosa jurídicamente autorizada y ejecutada correctamente por el agente” (Cury Urzua, 1992) es claro que este criterio está determinado a demostrar la previsibilidad.

Para Abraldes(2010), esa misma línea es seguida por Feijóo Sánchez quien ve en el principio de confianza una limitación de la previsibilidad desde la perspectiva psicológica, ya que el que cumple con su comportamiento de manera adecuada produce la consecuencia de no tener que contar que su actuación genere un resultado típico, si existe un comportamiento antijurídico de otro a pesar que desde el punto de vista psicológico se hubiese podido prevenir por tratarse de una conducta habitual, opinando que no existe el deber de predecir el comportamiento contrario a reglas de conducta o la norma, de otros. El principio de confianza también ha sido considerado como una causa de justificación, de acuerdo a esta postura la observancia del principio de confianza realiza una conducta penalmente relevante y resulta exonerado por una presencia de un resultado permitido por un criterio de ineluctabilidad.

Si bien existe algunas posiciones acerca del principio de confianza entendemos a este como una limitación a la determinación del cuidado debido, entendiendo que sirve para establecer las providencias de cuidado que una persona debe tomar en cada caso concreto, por lo que coincidimos con la posición de Abraldes, que lo considera parte integrante del cuidado debido; el mismo autor entiende que la determinación de cuidado debido por medio del principio de confianza parte de un criterio normativo, siendo una herramienta que fija el comportamiento que el individuo modelo debe seguir en determinada circunstancia.

El principio de confianza como criterio delimitador de la conducta debida genera una controversia interesante, ya que desde algunos puntos de la doctrina se indica que debe estar ligado a la existencia de normas de cuidado que se hayan fijado previamente para casos específicos. Abraldes (2010) en este aspecto toma el criterio de Puppe, que mantiene que el principio de confianza solo

será aplicable para limitar el cuidado debido que el particular descubre de acuerdo con el principio de evitación del riesgo pensado que si el deber de cuidado está positivizado el principio no será acertado, la autora opina que además de los deberes de cuidado deberá imponerse un deber general de dirección de su comportamiento para que no lesione bienes jurídicos, y esto solo se produce considerando la experiencia de la vida cotidiana sumando los conocimientos específicos que dispone de acuerdo a la actividad que desarrolla. Gil Gil, opina que:

“(…) quien cumple con las normas de cuidado que regulan la situación específica no es que pueda confiar en que los demás también lo harán sino que no realiza ninguna conducta contraria a la prohibición (...) si observa circunstancias que le lleven a pensar que otros participantes no van a cumplir las normas de cuidado no es que deje de poder aludir el principio de confianza, sino que la situación se convierte en atípica” (Citado por ABRALDES, 2010).

Lo que entiende el autor es que la norma de cuidado deja de abarcar la situación en cuestión, descartando del espacio de la norma de cuidado, que se encontraba respetando, dando un paso a una norma que será aplicable para la nueva situación.

Empero Abralde (2010), no concuerda con esta posición, opina el autor que el planteamiento carece de una dimensión material de realización y se convierte en un planteamiento meramente formal; opina que la posición que plantea acerca del nuevo estado de las cosas debe encontrar regulación en alguna otra medida de cuidado, pero eso no elimina la tipicidad de un hecho. Comprendamos que cumplir con el reglamento no puede entenderse como un equivalente de cumplir con el cuidado debido, por eso Abralde, cree que determinar que la tipicidad es un concepto en revisión constante y su comprobación solo puede dar con un criterio concreto del comportamiento que advierta el cuidado necesario respecto de tercero y sus bienes jurídicos. De acuerdo con Welzel para enmarcar el cuidado debido se necesita principio de contenido material que fije la experiencia en relación sobre determinados peligros con ciertas formas de conducta, de acuerdo con Abralde (2010) un punto clave de la posición de Welzel es poder llegar a una deducción material del concepto de cuidado dentro de determinados límites, el que nunca puede ser definitivo para evitar todas las lesiones a bienes jurídicos; las reglas de la experiencia son

ensimismamientos de los acontecimientos individuales, de acuerdo con su similitud con actuaciones individuales se podrá realizar sus generalizaciones.

Lo que se quiere explicar es que la contravención de un precepto reglamentario o de principio de la experiencia indicará una sospecha de una falta de la observancia del cuidado, sin que ello implique una absoluta violación al mismo. Esta concepción nos permite afirmar que el principio de confianza permite completar de una forma material el concepto de cuidado debido; Welzel afirma que “el principio de confianza sirve para determinar precisamente el cuidado objetivamente debido en los casos en que la producción del resultado es objetivamente previsible” (Welzel, 1956) fijando la conducta que una persona debe seguir en esa situación desde la visión de un individuo sensato e inteligente.

No podemos olvidar que un sector de la doctrina condiciona el principio de confianza a la aplicación de las acciones que favorecen la comisión dolosa de un delito o la comisión imprudente, las conductas sin sentido delictivo quedarían amparadas por medio de este criterio, en donde el sistema de imputación adquiere coherencia, de manera que a partir de la confianza en que las obligaciones de cuidado que tienen otros serán observadas por los demás individuos ya que estos no actuarán de una manera dolosa.

Por lo que para Abraldes (2010) el principio de confianza “reconoce como limite la esfera de conocimientos del sujeto que suministra los tales materiales que detentan o pudieran detentar respecto a la inclinación del autor a la comisión del delito” (Abraldes, 2010). Es decir el principio de confianza en este ámbito se refiere a la confianza que tiene una persona que desarrolla una actividad, lo hace siempre del mismo modo, es decir que cumplirá su actuación de la misma manera ante un persona común, como con aquel que tiene la intención de cometer un delito y que en el desarrollo de su actividad confía que nadie va a cometer un delito por qué no puede ni podía conocer la intención de un individuo, menos su inclinación a la comisión de un delito.

Es claro que acerca del principio de confianza existe dos consideraciones evidentes; una que lo considera como una limitación del cuidado debido; otra que lo mira como un expresión del riesgo permitido, cualquiera que sea la consideración que se haga del principio tiene un punto en común que se vuelve innegable y es que dentro de la estructura del delito el principio de confianza, ya sea como manifestación del riesgo permitido o restricción del cuidado debido es una figura dogmática

que debe ser analizada el momento que se realice el análisis de la tipicidad ,sobre todo en la comprobación del tipo objetivo dado que la ubicación, del principio de confianza, dentro de la estructura del delito la encontraremos en la tipicidad, no debemos olvidar que si bien es una figura analizable en la tipicidad genera un efecto en culpabilidad para establecer responsabilidad.

CAPITULO II: EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO DELIMITADOR Y SOLUCIONADOR

2.1. Conducta típica y el problema del principio de confianza.

Para establecer la problemática del principio de confianza dentro de la conducta típica, es necesario referirnos sobre el concepto de dicha conducta, es por ello que debemos considerar la posición de Zaffaroni (1996) quien establece:

“(…) que el derecho valora conductas humanas, pero no las crea. En tanto que los tipos penales son abstractas descripciones de conducta, la conducta es lo particular y concreto y la tipicidad una de las características que la hacen delictiva. La ley no crea la conducta porque la describa o individualice: la conducta es tal, sin que las circunstancias de que un tipo penal la describa afectan en nada su ser conducta humano” (Zaffaroni E. , 1996),

Lo que el autor intenta explicar es que la ley o la sanción que la misma prevé, es un acto de conocimiento sobre la conducta, mantener la postura que la ley crea la conducta es aceptar que esta pierda su objetividad e implicaría ligar la ley a un idealismo filosófico; este nos permite entender que las conductas no son creadas para el uso del Derecho Penal, porque existe un solo concepto de conducta, que deberá coincidir con el Derecho Penal, para poder lograr sus objetivos. El mismo Zaffaroni (1996) cree que el delito será la especie, que solo puede producirse en el género que será la conducta, la que es y debe ser la base para cualquier teoría del delito, si bien la única conducta que nos interesa es la que se considera típica por estar ligada a una prohibición legal, la realización del tipo se vuelve esencial y el mismo autor considera que la conducta humana es la realización del tipo, por ende parte del injusto y del delito. A su vez Donna (2008) cree que:

“(…) el Derecho, a través de sus normas, únicamente intenta prohibir o mandar acciones humanas, es decir, conductas que partan de la conciencia y de la voluntad del autor, comportamientos que (...) sean propios del hombre, en el sentido de que sean por éste dominados, suyos, en el sentido estricto de la palabra. Si el Derecho intentara, por el

contrario, regular mediante normas jurídicas hechos imprevisibles, incontrolables, causales o meramente causales, fuera del dominio del autor, no solo no cumpliría su función, sino que además sería contradictorio” (Donna, **DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, 2008**)

Esto nos permite respaldar la opinión sobre que las conductas no son creadas por el derecho , sino que este las reconoce , es por eso que existen conductas que no están prohibidas por el Derecho Penal, siguiendo la línea de Donna (2008) el concepto de acción o de conducta se vuelve importante porque las “normas prohibitivas” y los “mandatos se refieren a conductas realizadas por el sujeto que interviene en las relaciones sociales, por eso la conducta es un elemento básico y fundamental en la teoría del delito, que no es más que una teoría de la imputación de la acción que busca determinar cuándo una conducta que sea típica, realizado por un autor debe ser imputada desde el punto de vista objetivo y subjetivo.

De acuerdo con Zaffaroni (1996) la visión de la conducta como acción final es respetada por el ordenamiento jurídico ya que existirá una identificación de los tipos penales, los cuales son representados como el género que está sujeto a características valorativas permitiendo delimitar el delito, sobre esto no podemos dejar de considerar que para la configuración del injusto penal es necesario la existencia de un conducta que se encuentre definida en el tipo penal con un requisito adicional que es la falta de autorización de la conducta por el ordenamiento jurídico, además la regulación penal siempre está ligada al bien jurídico, por eso existen normas que proscriben todas aquellas conductas contrarias a estos bienes fundamentales de la sociedad, pero para que estas sean respetadas deberán tener un sanción en el caso del incumplimiento.

En palabras de Donna (2008) “Dicha norma, que prohíbe realizar una acción u obligación a la comisión de ciertas condutas, debe necesariamente encontrar apoyo en la ley que amenaza con pena la violación de la prohibición o mandato” (Donna, **2008**), no olvidemos que no todas las conductas son violatorias a normas de manera que es inconcebible considerar que cualquier tipo de violación de la norma es típica. De acuerdo con Cerezo Mir “Una acción u omisión, para que constituya delito, han de estar comprendidas en un tipo de lo injusto del Código Penal o de una ley

penal especial” (Citado por Donna, 2008), situación que es consecuencia de la vigencia del principio de legalidad que debe regir y ceñir el ordenamiento jurídico penal.

Debemos tener en cuenta que la definición del tipo penal será un criterio que permite diferenciar entre antijuricidad y culpabilidad, de acuerdo con Beling el tipo debe ser parte de la ley penal y este incluye todos los elementos objetivos del delito correspondiente. Beling se refiere a una situación de suma importancia el autor opina que en la actualidad existe un catálogo de delitos al que se reduce el Derecho Penal, este catálogo considerará la antijuricidad y la culpabilidad como elementos centrales de la acción punible en donde la tipicidad será una característica externa de lo que se conoce como ilícito culpable, demarcando el ámbito dentro del cual las conductas serán punibles. Debemos entender, que tipo penal y tipicidad son dos aspectos diferentes que no deben ser confundidos de acuerdo con Donna :

“El tipo es un dispositivo insertado en la ley penal, a través del cual se describe la conducta punible, violatoria a la norma. La tipicidad en cambio es una característica de la acción, en virtud de la cual, ésta encuentra adecuación en un tipo penal, es decir, coincide con la descripción efectuado por el legislador en el tipo penal”. **(Donna, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, 2008)**

Cuando hablamos del tipo penal debemos hacer una consideración breve sobre las funciones que este cumple dentro de la teoría del delito, por ende, partamos de la función de garantía, está se refiere a que las conductas deberán estar especificadas en un tipo penal, solo de esta manera generarán responsabilidad penal, limitando el poder punitivo del Estado, esta función permite la materialización del principio de legalidad y por lo tanto permite el respeto al nullun crime sine lege. Consideremos ahora la función seleccionadora del tipo, esta será aquella que permita tener de manera evidente y expresa las conductas punibles, la función seleccionadora será aquella que nos permite conocer de manera eficaz las conductas que por ser intolerables para la sociedad se han vuelto penalmente relevantes, estableciendo un catálogo de infracciones que permiten conocer cuantas y cuáles son las infracciones penales que son tomadas por el Derecho Penal, esta función permite la materialización del nulle poena sine lege.

La última función del tipo será la motivadora, es aquella que explica a los sujetos cuales son las conductas que no están permitidas y que la realización de la prohibición implicará la aplicación de una sanción conocida como pena, lo que intenta la función es motivar al sujeto a la adecuación de su comportamiento a las prohibiciones establecidas. No podemos dejar de entender que el tipo penal ha sufrido una serie de cambios siendo relevante el reconocimiento del concepto personal de lo injusto, comprendemos la necesidad del elemento subjetivo que se deriva como consecuencia necesaria del propio tipo penal, estos dos aspectos por un lado el objetivo y por otro el subjetivo será lo que configuran el tipo penal complejo. Para poder entender al principio de confianza se debe considerar que no existe diferencias en la forma de cómo están organizados sistemáticamente los delitos culposos y dolosos de resultado. En palabras de Zaffaroni :

“Tanto en los delitos dolosos como culposos, en los activos como en las omisivos, lo que la ley prohíbe (en los tipos) es una conducta final: dolo y culpa no son formas de culpabilidad; actividad y omisión, tampoco son formas de conducta, sino que se trata de cuatro diferentes formas de tipicidad que responden a otras tantas formas estructurales distintas de los tipos penales. Podemos afirmar que son cuatro técnicas legislativas diferentes para individualizar acciones prohibidas” **(Zaffaroni E. , 1996)**

De acuerdo con Lautaro Contreras :

“El tipo describe siempre una reacción a determinadas formas de conducta que representan un peligro para bienes jurídicos –de acuerdo a las circunstancias de la situación concreta– o que crean riesgos desaprobados objetivamente El elemento de la infracción a un deber de cuidado –que suele destacarse en el delito culposo– no nos puede hacer olvidar que lo esencial en toda conducta prohibida es la creación del peligro” **(Contreras, 2018)**

Lautaro Contreras (2018) opina que el delito de resultado doloso para su realización requiere que el autor reconozca dentro de la esfera de lo profano la dimensión de que su conducta generara un riesgo relevante ,siendo consiente que su actuar implica objetivamente la causación de un riesgo, que no es tolerable por el bien jurídico; es decir que la representación del contenido del injusto de la conducta que se encuentra prohibida debe ser incluida en el tipo, el autor continúa y expresa que dé “En forma análoga, en los delitos culposos el autor tiene que haber reconocido o haber sido

capaz de reconocer en un momento ex ante, un riesgo desaprobado objetivamente fundado a través de la interacción de las condiciones presentes de la situación concreta.” (Contreras, 2018); entendamos que lo que el autor intenta explicar es que el injusto de la conducta en delitos culposos o dolosos consideran que debe existir una actuación y que sea esta la que genere un riesgo que sea objetivamente desaprobado.

Consideramos que dentro del ámbito de la imputación objetiva, no enmarca lo que se entiende como creación de un riesgo desaprobado, sino debe ser enmarcado por lo que entendemos por conducta típica y por ende por lo injusto de la conducta; de acuerdo con Frisch “Para determinar qué caso representa una creación de riesgo desaprobados y que casos configuran una creación de riesgos tolerados, haya que recurrir, por lo tanto, a la teoría de la conducta típica” (Contreras, 2018), se debe entender que la teoría de la imputación de resultados, no resolverá la cuestión ya que esta enfoca el punto de análisis entre la conducta típica que genera el riesgo desaprobado y la relación causal con la manifestación del resultado. El principio de confianza es precisamente un problema relativo a la medida y a los límites de la libertad de acción, es decir, un problema de conducta típica. Este principio amplía la libertad de acción –reconocida jurídicamente– a los individuos ya que evita que tenga que contarse con la actuación defectuosa de los otros al momento de fijar la medida de cuidado que ha de cumplirse.

2.2. Criterios Relevantes sobre la desaprobación de la conducta típica

Es necesario comprender que la prohibición o mandato de cualquier conducta implica la suposición de las limitaciones a la libertad de actuación de otros, sumado esto la imposición de la pena que genera limitaciones a los derechos fundamentales, restricciones de derechos deben que ser entendidas como necesarias para la protección de bienes jurídicos cumpliendo con los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad ya que sólo estos principios nos permiten responder la pregunta sobre por qué existen una desaprobación a determinadas creaciones de riesgos. En palabras de Lautaro Contreras:

“La conducta típica expresa siempre el resultado básico de una ponderación entre el interés de la libertad de actuación frente al interés en la conservación de bienes. En todo caso, esta ponderación supone que los intereses en la conservación de bienes realmente existan; estos

faltarán cuando el portador del bien jurídico protegido –de un modo normativamente relevante– no quiera la protección.” (Contreras, 2018)

Dentro de la teoría de la conducta típica se distinguen tres formas elementales que con un poco de imaginación puede explicar la afectación de los bienes jurídicos, estos criterios son conductas que favorecen las auto puestas en peligro, conductas que ocasionan el comportamiento delictivo de un tercero y conductas que implican el resultado típico por medio de la mera casualidad. Lautaro Contreras sobre este aspecto opina que: “Con ayuda de estos tres grupos básicos de comportamientos es posible elaborar modelos estructurales de limitaciones de libertad y ámbitos de responsabilidad, fijados para la protección de bienes jurídicos.” (Contreras, 2018)

Empero es menester realizar una consideración sobre cuál será el modelo al que pertenece la manifestación del principio de confianza de acuerdo a su ámbito de aplicación, entendemos que el origen del principio de confianza vendrá dado por el tráfico rodado y su desarrollo jurisprudencial, pero su utilidad es lo que permite la ampliación de su campo de acción destacándose sobre todo en las actividades en las que existe una intervención de varios individuos sobre todo en aquellas que implican una división del trabajo.

Lautaro Contreras sobre esto cree que: “En el tráfico rodado, la confianza recae –en la mayoría de los casos, al menos– en una conducta correcta de la propia víctima” (Contreras, 2018); es decir que el tráfico vial será la máxima manifestación del principio de confianza porque todos los que conducen un vehículo con el cuidado debido de su actuar no tienen por qué responder por el actuar imprudente de un tercero que puede llegar a ser la víctima, dentro del tráfico rodado la actuación propia o defectuosa de quien puede llegar a ser víctima, es lo que llevara a fijar un espacio de responsabilidad para el sujeto que por medio de este actuar puede llegar a ser víctima, todos aquellas participantes prudentes que tienen interés en el tráfico vial buscan que exista un mantenimiento de su libertad de actuar pero de igual manera buscan respetar, con una consideración previsible, la libertad de actuar de aquel tercero que a través de un descuido propio generará un daño. De acuerdo con Lautaro Contreras (2018):

“Si el principio de confianza no rigiera, se tuviera que contar siempre con las actuaciones incorrectas de los otros para no ser responsable por los resultados causados, la libertad de

todos (incluso de las potenciales víctimas), limitando la libertad de todos los individuos. Estas concepciones normativas son las que generaran el problema de las consideraciones de las conductas que favorecen la auto puesta en peligro.” (Contreras, 2018)

En la división del trabajo, el principio de confianza, genera una confianza sobre la protección del actuar de un tercero, debemos tener en cuenta que dentro de este ámbito de aplicación debe existir una consideración de la *lex artis*, ya que será un criterio que permita delimitar quien fue el responsable del actuar que no cumplió con el cuidado debido, el que infringe la *lex artis* permitiendo que se elija un método o que realiza una conducta errónea en el desarrollo de una actividad deberá responder por el delito y esto se da porque deben existir una consideración en base a la necesidad y proporcionalidad, porque si bien puede existir un individuo que mediante su actuar genere el resultado, el principio de confianza tiene un diverso espacio de actuación referente a su vigencia, sobre esto Lautaro Contreras (2018) plantea un ejemplo de suma importancia acerca de la limitación de la libertad que deben tener determinadas personas dentro del marco de su actuar, el autor expresa lo siguiente:

“En efecto, una limitación de la libertad de actuación del anestesista en interés de la protección de los bienes jurídicos del paciente, que le obligara a contar con los descuidos en que pueda incurrir el cirujano, sería inadecuada, puesto que no consideraría el reparto de competencias habitual entre cirujanos y anestesistas en las etapas preoperatoria y postoperatoria.” (Contreras, 2018)

El condicionamiento de la libertad de actuación de una persona es inconveniente porque se dejaría en el olvido la responsabilidad de aquel que dirige el trabajo olvidando por completo el concepto de *lex artis*, en este sentido Frich opina que: “Este tipo de razones normativas para no desaprobado la actuación (...) constituyen criterios aplicables a aquellas conductas que posibilitan, favorecen u ocasionan el comportamiento delictivo de un tercero” (Contreras, 2018)

2.3. El principio de confianza en la división del trabajo.

La importancia del principio de confianza en la división del trabajo en las actividades en las cuales intervienen varios sujetos, permitirá encontrar el fundamento del mismo más allá de tráfico

rodado, sobre todo en aquellas actividades que implicarán un alto nivel de especialización, sumado el aumento del desarrollo técnico y tecnológico en varias actividades, vuelve indispensable que exista una división y reparto de tareas, no considerar estos supuesto generaría que uno de los intervinientes debería prestar una atención imposible de llevar a cabo y estar pendiente de todos y cada uno de los actores de los demás. Para Maraver Gómez:

“Para que cada interviniente pueda tener asignada una tarea y pueda llevarla a cabo con el suficiente grado de atención, es necesario que se reconozca con carácter general la posibilidad de confiar y no se imponga un deber de cuidado sobre la actuación de los terceros”. (Maraver Gómez, 2009)

Es necesario entender que la importancia del principio de confianza en la sociedad actual es más relevante de lo que pensamos, Feijoo Sánchez opina que el principio de confianza genera una organización más ordenada sobre todos en aquellos aspectos que implican contactos personales entre personas este autor opina que “la figura del principio de confianza está estrechamente relacionada con la configuración de la sociedad como una sociedad con constantes contactos altamente anónimos y en los que impera el reparto de trabajo y funciones”. (Feijoo Sánchez, 2000). Por su parte, Jakobs:

“ (...) señala que hay muchas actividades en las que, al igual que ocurre en el tráfico viario, es necesaria la división del trabajo o la división de competencias y en las que, en la medida en que no siempre se puede establecer una prohibición de regreso, resulta obligado reconocer la aplicación del principio de confianza” (Citado por Maraver Gómez, 2009)

Esto será un punto de partida para observar que la aplicación del principio de confianza, en los espacios en los que existe una división del trabajo como en varios ámbitos laborales o en la elaboración y fabricación de productos destinados al consumo humano, defender la aplicación del principio de confianza permite detectar que la trascendencia que éste puede llegar a tener en otros ámbitos de las actuaciones de las relaciones sociales en la que existe una división del trabajo, sobre todo en aspectos de las relaciones al ámbito laboral o al espacio de la elaboración de los productos que están destinados al consumo humano, Maraver Gómez (2009) cree que:

“Quienes defienden la posibilidad de aplicar el principio de confianza en estos otros ámbitos de actuación destacan igualmente la importancia que tiene realizar un reparto de tareas y permitir que, por lo general, cada uno de los participantes se ocupe de su propia tarea y no tenga que cuidar de lo que hagan los demás”. (Maraver Gómez, 2009)

Lo que permite caracterizar el fundamento del principio de la confianza, será la importancia cuando se ejercen actividades en las cuales los participantes no están obligados a tener atención sobre los yerros que cometen terceros, se sobreentiende que al existir una división del trabajo se producirá una especificación del mismo, para evitar generar daños a las personas ; es por eso que Maraver Gómez cree que “Lo característico de esta fundamentación del principio de confianza es que contrapone el interés en permitir el desarrollo de la actividad y el interés en exigir un mayor deber de cuidado para proteger la vida o la integridad de las personas” (Maraver Gómez, 2009). Lautaro Contreras opina que “Al igual que ocurre en el ámbito del tráfico rodado, el principio de confianza en materia de división del trabajo no es sino una «paráfrasis psicologizante del resultado de consideraciones normativas determinantes” (Contreras, 2018) , por lo que debemos analizar los aspectos que se detallan a continuación.

2.3.1. Reparto de tareas y competencias en la división del trabajo.

La vigencia del principio de confianza dentro de la división del trabajo será dada en base a reflexiones de orden normativo. Existe un aspecto que destaca sobre los demás siendo este: que para cumplir con una meta que un grupo de individuos tiene en común, es necesaria una actuación en conjunto, cumpliendo con tareas determinadas. Dentro de la organización que intenten alcanzar para lograr su objetivo deben mantener un nivel de estándares que procuren la protección de los bienes jurídicos, de una manera similar a lo que lo haría una persona que cumple con una labor de forma individual para Frisch

“(…) los intereses en la protección de bienes jurídicos no pueden resultar afectados por la elección de una determinada forma de cumplimiento de la tarea; de allí que resulte necesario una repartición de labores y competencias dentro del grupo, distribución que considere

adecuadamente los riesgos vinculados con la división del trabajo(...)"(Citado por Contreras, 2018)).

Dentro de la organización es indispensable que exista una estructura y que sea esta la que genere el reparto de tareas, pero este reparto no solo puede ser de esta índole, sino que puede provenir de un acuerdo contractual, de un arreglo profesional siempre siendo limitado por lo que se conoce como la *lex artis* incluidas las prácticas habituales o generales dentro de la profesión o actividad.

Comprendemos que la falta de un claro repartimiento de tareas, en la actividades en conjunto genera una creación de los riesgos no permitidos, la división de tareas es relevante porque por medio de ella se fijan los deberes que debe cumplir en la realización de una tarea para poder actuar dentro del marco del riesgo permitido, es trascendental para la determinación de quien era el obligado para cumplir con la tarea determinada y en el cumplimiento de esa tarea como debía actuar de acuerdo a las normas de conductas que le fueron impuestas, este aspecto es de suma relevancia porque permite determinar quién fue el responsable del error dentro de la tarea realizada que genera una afectación a un bien jurídico.

Frisch cree que: "Por otra parte, el reparto de tareas y competencias delimita (...) los deberes y restricciones de la libertad del individuo y , por tanto, el círculo de aquellos a los cuales se puede imputar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado" (Citado por Contreras, 2018), sin embargo también debe ser analizado el aspecto sobre qué sucede en el caso de quien actúa cumpliendo la tarea asignada y crea un riesgo que afecta bienes jurídicos, creen que ese riesgo no debe ser desaprobado, ya que el que lo creó no actuó sin una libertad absoluta de decisión sino que lo hizo respetando el límite fijado por la tarea establecida.

Y este aspecto es confirmado por Lautaro Contreras cuando opina que la restricción de la libertad de acción de los que intervienen en el trabajo en equipo, fijándoles deberes más allá de los que se establecieron en el reparto de tareas no sería un criterio para nada lógico, ese mismo autor cree que restringir la libertad de los individuos lo único que produciría sería una sobre exigencia que llevaría a perder las actitudes que tienen para el desarrollo de su tarea, siendo determinado para que su actuar genere una afectación a bienes jurídicos. La restricción de la libertad del actuar de un interviniente dentro del trabajo en equipo además de la preestablecida solo es posible en la

medida que los demás intervinientes en la tarea no cumplan con lo que están obligados. Ramon Ragues piensa que:

“(…) una de las principales aportaciones de la división del trabajo es liberar a los individuos de la insostenible carga que supondría exigir que cualquier trabajador tuviera que conocer hasta el más mínimo detalle de lo que sucede y afecta al entramado (…) en el que se halla inserto” (Ragués Vallez, 2002)

Este autor sostiene además que la posibilidad del individuo de despreocuparse de los demás ámbitos de acción de otros que le son ajenos, le permite generar una mayor atención en la función que cumple generando una mayor eficacia global. Es necesario tener en cuenta que mientras no exista un indicador claro sobre que uno de los participantes del grupo de trabajo no cumple con la labor a la que le asignaron existe sólo una posible idealización de que un integrante actúe defectuosamente, pero ésta siempre estará presente, sin embargo, para los demás el deber de cumplir con su labor de igual manera con el cuidado debido que esta exija, caso contrario la limitación a la libertad de actuar fuese ilimitada y no se podría efectivizar la materialización de la división del trabajo.

2.3.2. Criterio de la autorresponsabilidad importancia.

De acuerdo con Luzón Peña “Se afirma que este principio, en virtud del cual cada uno responde de sus propios actos y sus consecuencias, incluyendo los riesgos que el sujeto decide correr, es el reverso y correlato de la libertad del individuo o del libre desarrollo de su personalidad.”(Luzón Peña, 2011); esta aproximación es necesaria para considerar que el criterio de autorresponsabilidad tiene un trasfondo decisivo en lo que conocemos como división del trabajo, porque es claro que la posibilidad de que un tercero comete un delito, culposo o doloso, siempre estará presente debido a los cursos causales que pueden darse dentro de la realización de las tareas en conjunto.

La limitación la libertad de acción no puede ser sostenible a causa de las actuaciones imprudentes del tercero que participa en la actividad regida por el principio de división de trabajo porque además implica el desconocimiento de la intención del tercero que participa en ella; nuestra propia Constitución afirma que todos actuamos en conformidad a Derecho en donde nadie puede ser obligado a realizar algo prohibido por la ley, es por eso que opinamos que no puede existir

fundamentación para la limitación de la libertad de acciones del individuo que cumple correctamente con sus obligaciones en la realización de una tarea en conjunto por la posibilidad de que uno de los terceros pueda cometer un delito.

Empero el actuar auto responsable es un excepción a la regla general que debe ser fundamentado, siendo la única manera de poder imputar el resultado lesivo al infractor de cuidado debido de un modo auto responsable ; sobre esto Lautaro Contreras opina que:

“La punibilidad del miembro de un equipo que actúa en división del trabajo y que ha causado un resultado de un modo mediato solo debe entrar en consideración cuando aquel –con independencia del carácter autor responsable del causante inmediato– está obligado a través de normas de conducta especiales a evitar lesiones a bienes jurídicos ocasionadas por otros, o cuando debido a circunstancias concretas (por ejemplo: agotamiento o enfermedad) ya no puede confiar razonablemente en que el potencial causante inmediato del resultado actuará correctamente “ (Contreras, 2018) .

Lo que este autor intenta expresar es que existe una obligación de control conocida como deber de vigilancia que impone que exista alguien que controle o supervise la actividad y el incumplimiento de estos deberes no debe ser considerado como un eximente de responsabilidad, alegando el actuar auto responsable de otro miembro del equipo que ocasionó un resultado lesivo, porque al incumplir con el deber de vigilancia le es imputable por la falta de diligencia debida en su actuar. Lautaro Contreras sobre esto cree que:

“(…) el miembro de un equipo que actúa en división del trabajo no podrá eximirse de responsabilidad si ha delegado una tarea en otro miembro no suficientemente cualificado, inexperto o poco confiable –por más auto responsable que este sea–, infringiendo sus deberes de elección, y ello ha provocado un resultado lesivo.” (Contreras, 2018)

Es decir, aquel que rige las tareas tiene la obligación de vigilar que la ejecución del trabajo se realice por personas competentes y confiables, para de esta manera evitar el aumento del riesgo o la creación de un riesgo no permitido y en estos casos se vuelve trascendental los deberes de vigilancia, elección y enseñanza que por lo general se manifiestan en los equipos de trabajo.

2.3.3. Relación entre la repartición de tareas y competencia en la división del trabajo y el criterio de autorresponsabilidad.

El principio de confianza tiene un trasfondo material que vendrá dado por consideraciones como la competencia de los participantes, la división de las tareas, la repartición del trabajo y el criterio de autorresponsabilidad, que no pueden ser entendidos por separados. Sobre esto Lautaro Contreras cree que: “En efecto, la configuración de ámbitos diferenciados de tareas y competencias dentro de un grupo de trabajo presupone que las personas a quienes se asignarán las mismas sean individuos autoresponsables.” (Contreras, 2018), el autor opina de esta manera porque solo a través de estas consideraciones se garantiza que una labor que ha sido confiado de acuerdo a la competencia de cada individuo permite el cumplimiento de lo que entendemos por diligencia debida y solo de esta manera se ofrece una garantía de seguridad para los bienes jurídicos.

Por todo lo antes narrado entendemos que desde la perspectiva de la conducta típica el principio de confianza será un problema del mismo, entendemos que este principio permite desarrollar el campo de acción de la libertad de una persona que ha sido jurídicamente reconocido, porque evita que aquel que cumple con la función asignada debe estar consciente de las actuaciones impertinentes de los demás. Existen un sin número de casos para la aplicación del principio de confianza todos ellos tendrá curso causal en los cuales la función del principio de confianza será determinar de donde proviene el curso causal y la manifestación de este en el resultado típico ampara aquellos que no han tenido nada que ver con el mismo, en las labores que se realizan en conjunto, la conducta del tercero será lo que ocasione el resultado es por eso que Frisch opina que “(..)en la actuación conjunta en división del trabajo, el principio de confianza es la descripción psicologizante del resultado de consideraciones normativas decisivas “ (Citado por Contreras, 2018) .

Estas razones normativas implican que el resultado lesivo que se haya producido debe ser generado por un tercero que fue negligente que incumplió con las normas que exigían su actuar y esto será el factor que permita indicar que no puede existir una limitación absoluta de la libertad. Para finalizar consideramos indispensable la opinión al respecto de esto que tiene el actuar varias veces citado por la importancia del desarrollo del tema sobre estos aspectos Lautaro Contreras(2018) debe haber dos consideraciones acerca del principio de confianza en la división del trabajo; el

primero debe referir a la repartición de tareas y la competencia que debe tener el que realiza la tarea, por estos son los límites al deber que tiene que respetar y de la barrera que se le imponga a libertad de actuar, enmarcando el camino que se deberá seguir para la imputación de la creación de un riesgo no permitido encasillando a las personas que puede ser responsables de aquel.

El segundo criterio será dado por la autorresponsabilidad que determina que la conducta que debe ser desaprobada de un miembro, a pesar que sea esta la que genere el resultado lesivo puede ser el medio para que quien debía vigilar el cuidado lesione un bien jurídico, es por eso que la autorresponsabilidad es la limitación de la libertad, para que aquella restricción no se vuelva inadecuada.

2.4 Límites para la utilización del principio de confianza.

Al referirnos sobre los límites para la utilización del principio de confianza deberemos realizar varias consideraciones, para lo cual es necesario partir desde la opinión de la doctrina mayoritaria. De acuerdo con ésta cuando exista elementos que inequívocamente permitan realizar una inferencia de que un tercero realizará una conducta que no es la reglamentaria, el principio no será aplicable, dada la evidencia concreta de que otros individuos se comporten de manera diferente a la que deberían hacerlo, nos dará un indicio clara de la violación al cuidado debido y de que esta violación puede ser evitada, Abraldes (2010) estima que “junto con la doctrina mayoritaria, que se puede confiar en el correcto desempeño de otros hasta tanto se tengan evidencias concretas de lo contrario”, (Abraldes, 2010)

Entendemos que la confianza implica un riesgo y el que confía debe estar consciente de que deberá asumir dicho riesgo, la confianza por ende no debe ser entendida como una concepto incondicional sino que debe estar demarcado por límites racionales y específicos, Abraldes cree que: “ En la medida en que en la situación concreta se den signos evidentes que pongan en manifiesto un comportamiento incorrecto de otro, se tornan notorias las posibilidades de afectación de un bien jurídico” (Abraldes, 2010); es decir que en estos casos lo que se deberá hacer es una adaptación de la conducta para evitar la violación al cuidado debido, que si esas situaciones son evidentes, es necesario colocar un freno y establecer control, porque la confianza no puede ser absoluta y es la

única manera de confrontar y evitar el actuar lesivo del tercero; empero la previsibilidad sobre situaciones en abstracto no puede ser un criterio suficiente, para que el principio de confianza ceda, el indicio debe ser objetivo, sólido y permitir llegar a la conclusión de que generara una afectación a un bien jurídico.

Cuando hablamos sobre el actuar humano, no podemos olvidar el libre albedrío que poseen las personas, en donde cada ser humano tiene la capacidad para decidir qué hacer y cómo actuar, pero esto no es una razón para no notar un actuar incorrecto y adaptarse al mismo, parafraseando a Abraldes (2010) si una persona es consciente que una información coincide con ciertos elementos que se esperaban que sucedan, la confianza será razonable, pero por contrario si la actuación determina elementos que no son posibles de una evaluación previa, es imputable a la irracionalidad de un sujeto y por ende la aplicación del principio de confianza no lo puede amparar.

Luhmann (1979) opina que la “la confianza puede también mostrarse imprudente, descuidada, rutinaria” inclusive ser “una forma de confianza patológica sin considerar a los demás, sin tomar en cuenta algunas situaciones y circunstancias”(Citado por (Abraldes, 2010)), es por eso que para poder confiar se requiere de un precepto básico y es tener un conocimiento previo, porque, quien confía sobrepasa el conocimiento disponible que tiene acerca de algo, porque realiza una suposición de que el actuar de alguien más será correcto.

Cuando existe un actuar correcto que tiene sustento en la confianza, esta confianza depende del respeto que haya recibido, es por eso que el que confía siempre tendrá presente la desconfianza. Sobre la temporalidad del principio debemos entender que de acuerdo con la opinión de Feijoo Sánchez(2000) la confianza es un aspecto posible en la medida que aquel que infringe la norma tenga la posibilidad temporal de evitar la lesión. Para Sandro Abraldes “desde el momento que el sujeto toma noticia de la actualidad del incorrecto comportamiento del tercero, la eventual confianza deja de obtener reconocimiento pleno,” (Abraldes, 2010) esta será dado porque quien se enfrenta ante un peligro el cual es de evidente producción está obligado a una readaptación de su comportamiento, lo obliga a tener en cuenta el criterio que generalmente se usa para determinar el cuidado debido, porque el sujeto deberá sobre criterios razonables realizar un reconocimiento del peligro que se va a producir.

Es decir, el juicio de previsibilidad realizado por el mismo tiene que ser mayor cuando es evidente que el resultado tenga una manifestación plena, porque en el caso se produce más una certeza de que este se generara, que la posibilidad de eventualidad del mismo. El problema sobre esto, es que se toma el criterio de la previsibilidad de una manera sumamente amplia lo que llevara al sujeto a la consideración de que por cualquier circunstancia pueda existir una eventual producción de un actuar imprudente limitando el campo de acción del principio de confianza. El tiempo es un criterio necesario, esto es cierto, pero no puede convertirse en un criterio absoluto por la misma relatividad del mismo, el actuar imprudente puede producirse de un momento a otro por lo que no siempre será posible la adecuación del comportamiento, Abraldes completa esta idea de la siguiente manera “ello implicaría invertir el sentido de las cosas: se puede confiar ante un panorama de normalidad: si este se ve alterado (por una circunstancia temporal) se impone una readaptación” (Abraldes, 2010)

Esta limitación no es del todo adecuada porque no siempre se pierde el dominio del hecho, porque no se puede confiar si se tiene una información clara de que existe una infracción normativa, no al menos plenamente, porque cuando sucede esto, el redireccionamiento de la conducta es necesaria y debe producirse de manera inmediata, siempre y cuando sea posible de acuerdo a la circunstancia temporal.

Otro aspecto que debe ser considerado, es la postura que tiene el autor colombiano Reyes Alvarado (1996), este autor, critica la postura dominante acerca del principio de confianza, estimando que la forma en la que es limitado es sumamente imprecisa por no permitir una aplicación correcta en los ámbitos de la vida social. Llega a una conclusión acerca del principio

“(…)el simple conocimiento de la incorrección de conductas ajenas no es lo que establece la limitación al principio de confianza y la necesidad de acomodar la propia conducta a las nuevas circunstancias, sino que se requiere, además, que quien de ello se percate sea competente para la evitación del daño” (Reyes Alvarado, 1996)

Lo que Reyes Alvarado intenta explicar es que se debe tener la posición de garante para poder garantizar el actuar que no la tiene no puede responder.

Sobre esto debemos considerar la opinión que tiene Zaffaroni acerca del principio de confianza, este autor cree que :

“(…)el principio de confianza se excluye, aunque el agente obtuviese los indicios excediendo su propia incumbencia de observación fijada por la división de la tarea, sea por accidente, por características obsesivas de su comportamiento o por conocimientos o entrenamientos especiales” (Zaffaroni, Alagia, & Skolat, 1981),

No se puede considerar la aplicación del principio de confianza cuando existe una expresión de que la conducta de un tercero será injustificada, debemos pensar que no se puede desconocer el aspecto sociológico del principio de confianza, lo posición de Reyes Alvarado lo hace, la confianza siempre requiere un motivo , es por esto que no puede hablarse de confianza cuando la situación pasó a entero dominio de un individuo que tiene un conocimiento claro de que se puede generar un lesión a aun bien jurídico. Feijoo Sánchez (2000) discierne que la validez de la expectativa es ajena a su cumplimiento en la realidad, es decir que dentro del plano normativo se limitará a una ficción, que, dependiendo del caso, esta ficción que es autorizada por el ordenamiento jurídico es lo que permite el desarrollo de la confianza como principio básico de las relaciones sociales que se producen en el mundo.

Otro supuesto en el cual la aplicación del principio de confianza cede será frente a las personas que son consideradas inimputables, o frente aquellos que siendo imputables en determinada situación demuestran una incapacidad de protección o no pueden actuar con la diligencia debida. Sobre este particular la opinión del autor italiano Pagliaro (1996) resulta interesante. El autor opina que este límite solo puede darse en los supuestos que existan individuos que no sean capaces de entender las reglas del peligro o que éstas no sean insólitas el momento de la observación, por lo tanto claramente desconocidas para el tercero, al autor continua y entiende que la diligencia debida implica una obligación que debe ser extendida a la actividades que requieren un control , es por eso que la imprudencia por la inobservancia de reglas de orden jurídico puede ocasionar que sujetos específicos que estén debidamente calificados deben controlar la actividad de alguien cuando esta se la considere peligrosa.

Entendemos que la limitación encuentra la bases en el principio mismo sobre esto Abraldes opina que “La experiencia general de la vida, en cuanto fundamento sociológico del postulado de la

confianza en comportamientos adecuados a la norma de parte de terceros, enseña que en tales situaciones es altamente probable de su parte la lesión del deber de cuidado que les asiste en el caso concreto y ello obliga a readaptar el propio comportamiento”. (Abralde, 2010) Esta limitación del principio de confianza encontró su desarrollo en la jurisprudencia española que crea algo llamado principio de defensa, para el cual el actuar anormal de un niño, incapacita de alguna manera o de un anciano sirve como un mecanismo de protección para los más necesitados de la sociedad. En estos casos lo que se genera es una inversión del principio de confianza, pero que, para que esto pueda suceder se requiere que pueda ser conocido por el autor que encuentra ante uno de estos sujetos vulnerables para que pueda realizar una adecuación de su conducta de una forma ex ante.

Una limitación más al principio aunque no del todo clara será dada por los que se conoce como la frecuencia estadística de determinados comportamientos, que busca evidencia que existe una serie de comportamientos que violan el cuidado debido, pero esta postura no tiene una aceptación total porque se considera que las violaciones someras reglamentarias no pueden ser limitadoras del principio; empero no se podrá desconocer que la frecuencia estadística sobre conductas que generan un resultado desfavorable pueden tener un papel determinante para limitar el principio y esto por el aspecto sociológico que reviste el principio, para Sandro Abralde “ debe (...), considerarse la existencia de una limitación al principio de confianza en aquellos casos en los que una infracción es cometida con una frecuencia tal que ha de contarse razonablemente con ella” (Abralde, 2010).

Maraver Gómez(2007) es contrario a esta opinión, para el autor la limitación del principio de confianza no puede ser dada de una manera genérica por criterios estadísticos basados en la frecuencia de ciertas conductas y la previsibilidad de actuares incorrectos de terceros “pues el principio de confianza no se fundamenta en la mayor o menor previsibilidad de tales conductas, sino en otros criterios valorativos o normativos que son los que permiten limitar la previsibilidad” (Maraver Gómez, 2009). A nuestro parecer esta limitación del principio de confianza solo produce que se desvirtúe la vigencia del mismo, porque para poder aceptarla debería existir una clara necesidad de que los datos que determine el actuar que es incumplido por el tercero sean concluyentemente objetivos y sólidos; es decir la frecuencia estadística deberá ser razonable, porque no basta que sea objetivamente previsible si no que se requiere que la información sea sólida.

Entre las limitaciones del principio de confianza encontramos una que será dado por el deber de cuidado que tienen aquellos que realizan actividades de vigilancia y control de las conductas de otros en el ámbito de la interacción social que determina ciertas conductas, para Puppe(2001) “ se trata de un doble aseguramiento dispuesto ante un peligro de afectación de bienes jurídicos mediante deberes de cuidado de los diversos participantes” (Puppe, La Imputación Objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales, 2001). Esto se produce por la misma confianza que se tiene sobre un individuo que se encuentra a cargo de la actividad, ya que el deber de control que tiene, es dado por la confianza que otros fijaron en él , y toda protección a un bien jurídico es dado por que existe la idea de que alguien controlará y evitará la afectación. Zaffaroni cree que “el principio de confianza no cede, sino que directamente no existe, donde es de la incumbencia del agente ejercer la vigilancia sobre las acciones de los otros participantes” (Zaffaroni, Alagia, & Skolat, 1981).

Para Reyes Alvarado “quien está encargado de vigilar que los demás cumplan sus tareas de acuerdo con las reglamentaciones vigentes no puede descuidar esa labor mediante la invocación del principio de confianza, puesto que la función que le ha sido encomendada es justamente la de cerciorarse de la forma como determinadas actividades se realizan sin suponer que ellas son adelantadas correctamente” (Reyes Alvarado, 1996),

Es decir que una actividad controlada por uno o varios sujetos tiene su fundamento en la confianza que los terceros transmite a éstos. Abraldes (2010) cree que el ámbito del control de las posibles afectaciones a los bienes jurídicos, no puede no ser observado por quien ejerce la vigilancia en función del principio de confianza. Feijoo Sánchez (2000) advierte que en toda división del trabajo de manera horizontal será más fácil de cumplir si cada especialista se ocupa de su ámbito de actuación, porque el control de otros le llevaría a perder energía, es por eso que el principio de confianza permite “una mayor efectividad, seguridad y calidad del trabajo realizado conjuntamente y una explotación racional”, sin embargo la delimitación del deber de control no puede no considerar cada caso en concreto, es por eso que Maraver Gómez hace una diferenciación acerca de los deberes de cuidado que deben existir entre : deberes relacionados con la selección , la instrucción y la coordinación y aquellos que tendrán que ver con la vigilancia, el control o la supervisión.

Con relación a los primeros el autor manifiesta que:

“estos deberes de selección, instrucción y coordinación como reconoce la doctrina, no excluyen la aplicación del principio de confianza, sino que simplemente limitan la posibilidad de confiar. El sujeto sólo puede confiar en la medida en que haya cumplido previamente con esos deberes” (Maraver Gómez, 2009)

Es por eso que es indiferente el caso que se trate porque la limitación no es para la aplicación sino para la posibilidad de confiar, porque los motivos concretos que permiten esto han sido anulados, porque el que cumple con el deber de selección, instrucción o coordinación tiene la obligación desde el principio de la actividad de estar atento a los aspectos que puedan producir un actuar imprudente de un tercero, porque serán esos aspectos los que directamente afecten el reparto ideal de tareas que se ha realizado por medio de la confianza .

Sobre el segundo punto de la división que realiza Maraver Gómez él cree que:

“La diferencia radica en que estos otros deberes de vigilancia, control o supervisión conllevan una mayor limitación de la posibilidad de confiar, pues se mantienen hasta el momento en el que el tercero realiza su conducta. No se trata ya de garantizar las condiciones necesarias para establecer un reparto de tareas, si no de velar, en mayor o menor medida porque el tercero realice correctamente su tarea” (Maraver Gómez, 2009)

Empero la eficacia de los deberes que antes se detallan pueden cambiar en función de la exigencia de examinación que se realice de manera constante para que el tercero cumpla su tarea realizando una vigilancia que se haga de manera correcta. La limitación que detallamos ahora, tiene su sustento en que aquel hombre que es sensato e inteligente amplía su parámetro de actuación frente al peligro que es reconocible, esto implica que, a mayor preparación de los intervinientes en la tarea, menor será nivel del de supervisión y por ende el campo de aplicación de principio de confianza; coincidimos con la opinión de Abraldes que cree:

“En el sentido de que, por razones normativas relacionadas con la existencia de especiales deberes de cuidado, el sujeto aquí se ha de responsabilizar siempre por un hecho propio, que en el caso abarca el comportamiento de terceras personas” (Abraldes, 2010).

La última consideración acerca de la limitación del principio de confianza será dada por el cumplimiento de los deberes exclusivos de atención, es decir quien alega que observó el cuidado debido podrá invocar a su favor el principio de confianza, Abraldes es muy crítico sobre esta limitación, opina que: “(...) la idea está deficientemente exhibida. Tal cual es presentada la reflexión el principio de confianza carecería de utilidad para determinar el cuidado debido se dice que, para poder acudir a él, el sujeto debe comportarse normativamente” (Abraldes, 2010); es decir que existe un juicio previo para determinar la aplicación del principio, en donde surge la interrogante de que, si es necesaria la aplicación del principio de confianza, en el caso ya se aplicó la protección amparada en el cuidado debido o el respeto del mismo, esto configura una retórica que consiste en repetir un pensamiento expresándolo con las mismas o similares palabras.

Según Welzel existen claras maneras de cómo utilizar el principio pero no olvidemos que Welzel lo mira desde la visión instrumental, brindado un criterio acerca de cómo se debe actuar entendido desde el punto de vista de la abstención que deberá hacer el hombre inteligente y sensato en determinadas situaciones, esto lleva a que consideremos cuando el individuo que es tomado como un modelo podrá confiar en el comportamiento de los terceros y además deja un lado la confianza que se coloca en que el tercero no cometa un comportamiento imprudente, porque considera que cuando el comportamiento no es el correcto o el esperado debe gastar su energía para evitar la ejecución de un actuar.

Para Abraldes (2010) esta idea tiene un alto contenido versarista, y es una idea que en el fondo tiene una imperfección, busca desconocer el fundamento del injusto que será la producción del resultado, el autor se refiere a que el desvalor de resultado es tan trascendental como desvalor de acto, porque para la comisión de un delito imprudente se requiere la manifestación material de que se generó un daño, entendido esto como el resultado del actuar imprudente, entendemos que la sanción no puede surgir simplemente porque se da una violación a un deber objetivo de cuidado, sino que esta violación debe tener un nexo que la ligue a un resultado, es por eso que en la vinculación entre la desatención del deber objetivo de cuidado y el resultado producido genera lo que se conoce como la conexión de la antijuricidad.

No considerar esta conexión antes narrada implicaría que las actividades que permiten el desarrollo de la vida en comunidad, que requieren de confianza por parte de los que interviene en el entramado

social, generaría que existan exigencias absurdas y severas para que no se produzca una vulneración de los bienes jurídicos, razón por la que la confianza requiere un reconocimiento normativo que de acuerdo con Claus Roxin “ hablamos de un elemento normativo cuando solamente existe en el ámbito de la representaciones valorativas y, por ello, solamente puede ser comprendido espiritualmente” (Roxin, LA TEORIA DEL DELITO EN LA DISCUSIÓN ACTUAL, 2013), esto implica que si no existiera este reconocimiento normativo del principio de confianza su producción no será posible, porque existirían unas reglas configuradas del cuidado debido que impedirán su aplicación y además el desarrollo social.

Sobre este particular Abraldes (2010) hace un consideración del pensamiento esgrimido en el contrato social de Rousseau, en el cual dentro de la sociedad existen actividades que tienen ventajas, pero poder aprovechar esta ventaja debe existir un canje de libertades entre los que participan en las mismas para poder aprovechar un beneficio común, el autor intenta tomar el contrato social para explicar que la perdida de la libertad natural permite alcanzar la libertad civil que es un canje necesario para el desarrollo de los individuos, opina que este pacto que hace un persona, será lo que permite fijar un límite para la aplicación del principio de confianza , porque al poder una persona civilmente libre obligarse voluntariamente, impedirá el incumpliendo arguyendo un concepto de libertad absoluta; renunciar a diminutas acciones garantiza el desarrollo de las más grandes, y otorga legitimidad al límite que se impone. Es por eso que quien intenta marginarse de lo pactado, no puede aprovechar el beneficio que implica, la renuncia al pacto implica que debe existir un poder coactivo que es concretado por la ciencia Penal como límite máximo al incumplimiento del aporte aceptado voluntariamente, Abraldes explica que :

“No se trata (...) de que el sujeto pierda la protección del Derecho, sino de que no se puede establecer en su favor la cobertura de este principio normativo que como ya se dijo, no es otra cosa que un criterio de actuación del hombre inteligente y sensato”.

Es por eso que el principio de confianza será la manifestación de la actuación del hombre inteligente y sensato y rechazando la aplicación en ciertos supuestos no implica negar la protección que tenemos los individuos por el Derecho. De esto para finalizar la idea debemos considerar la postura que toma Roxin acerca del tema, el autor admite que se pueda invocar el principio de confianza por el infractor del cuidado debido objetivamente, pero la infracción no deberá influir en

el resultado producido. Pero la postura del autor plantea dentro de su obra, prescinde del análisis que debe realizarse del juicio de imputación, para Abraldes “ En primer lugar, debe realizarse un análisis en torno a la determinación de la infracción del deber de cuidado por parte de la conducta del agente” (Abraldes, 2010);

La consecuencia lógica de esto será una posterior verificación entre el vínculo que existe entre el resultado que ha sido generado y la infracción, este análisis que realiza Abraldes(2010), nos permite llegar a aseverar que dentro de las actividades que son compartidas, será sumamente útil para fijar el momento en el que se produce la violación al cuidado debido, porque la espera de un resultado que afecte bienes jurídicos para verificar la aplicación del principio será desconocer el avance doctrinal que este ha tenido porque la verificación de la aplicación es una situación que deberá ser realizada con anterioridad, solo quien cuenta de antemano cuando puede o no aplicar el principio, tiene la facultad de saber cuándo está amparado por el mismo.

CAPITULO III: RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO. -

3.1. Antecedentes.

Cuando se habla acerca de la responsabilidad penal del producto, es imposible no realizar un acercamiento a sus antecedentes jurisprudencial, por esta razón nos referimos a los principales casos que fijaran su origen, sobre este aspecto el autor Alemán Kuhlen opina que “La jurisprudencia de los tribunales supremos ha supuesto una contribución fundamental a este desarrollo, en Alemania principalmente la sentencia del BGH (Tribunal Supremo) en el caso Lederspray en 1990 , y en España el fallo del Tribunal Supremo de 1992 en el caso de la Colza.” (Kuhlen, 2002)

Los casos que vamos analizar a continuación, que han sido objeto de estudio de la ciencia penal, deducen un idea que no consideramos que sea correcta, porque, las opiniones planteadas en estos precedentes son peligrosas, debido a que vulneran principios esenciales del Derecho Penal, Donna estima que “ Hay un retroceso en el Derecho Penal a la idea de las presunciones(...) que peligrosamente lleva al Derecho Penal a levantarse orgullosamente en contra de la ciencias naturales, sin fundamento alguno, salvo el de la punibilidad a toda costa” (Donna, Derecho Penal Parte General Tomo II, 2008)

3.1.1. Caso “Lederspray”

El caso Lederspay, será el punto de partida de este análisis, el mismo es considerado por la doctrina como un antecedente clave para empezar a realizar un análisis de la responsabilidad penal del producto; este caso de una manera muy somera explica que un grupo de personas cayeron enfermas después del uso de un atomizador que abarcaba un producto que protegía el cuero. Donna lo expone de la siguiente manera:

“Más en concreto se trataba de analizar la responsabilidad penal de los directivos de una empresa de producción y otras dos filiales de distribución de un spray para calzado y piel que

estaba en el comercio bajo el nombre de Erdal y Solitary, que había producido lesiones en las personas que lo habían utilizado” (Donna, 2008)

En al final de la época de los ochenta, la empresa que producía este producto y sus filiales, empezaron a recibir una seria de quejas sobre que sus productos generaban afecciones sobre todo de índole respiratoria, por lo que buscarían apoyo con expertos, sin llegar a la conclusión de que estos efectos que sufrían las personas hayan sido provocados por el producto. En este punto continuamos con la narración del autor argentino Donna (2008) ya que lo hace de un manera detalla y didáctica, el autor narra que después de la investigación realizada por los expertos se modificaría la formula, sustituyendo la materia prima que se utilizaba para producir el spray, pero a pesar de haber realizado esto, los daños en la personas se seguían manifestando, es por eso que en 1981 la empresa matriz realiza una junta, en la que la persona que cumplía la función de Director Químico afirma que el producto no era tóxico, por lo que se decide seguir la comercialización del mismo, con la única variante que ahora llevaría una etiqueta de advertencia sobre la probabilidad de que generase daños en la salud.

Posterior a esto es la determinación de la responsabilidad penal que realiza tanto el Tribunal de instancia como el Tribunal Superior Alemán, pero lo interesante es que hacen una diferenciación sobre la responsabilidad existente entre la Junta General de 1981 y la que vendrá en lo posterior, diferenciación que se verá sobre todo en el delito imprudente como el omisivo; en lo referente a la causalidad, se fijó que esta fue demostrada, fundándose en la relación estrecha que es dada por la temporalidad de la lesión generada y el uso del aerosol, Hassemer sobre esto se refiere que el Tribunal Federal Alemán sostiene de la siguiente manera:

“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 Lederspay utilizado. La Sala en lo Penal (...) ha constatado expresamente ante la descripción de los hechos que la causa de los accidentes solo puede “existir en algunos mecanismos toxicológicos causales 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”, (Citado por Donna, 2008)

Sobre este punto manifestaremos criterios que nos permiten establecer que no existe un cambio sustancial que admita identificar científicamente que la sustancia o combinación de químicos propios del producto fueron lo que generaba los resultados dañosos en la salud; y es por eso que ya no se vuelve necesario probar la relación de causalidad y que efectivamente el uso de la sustancia haya podido generar un daño concreto en la salud o vida del consumidor. Montañes entiende lo antes detallado de la siguiente manera:

“En cuanto al problema causal, se afirma la conexión causal entre el uso del producto y el daño a la salud, pese a desconocerse cuál es la sustancia que causa el daño y como se produce éste. El conocimiento del concreto proceso causal es irrelevante a efectos penales, siempre que exista una conexión entre producto y daño y quede excluido cualquier otro factor como posible causa del daño” (Rodríguez Montañes & Castañon, 1995);

En esta opinión nos basamos para fijar que la consideración del Tribunal, en la que establece la eliminación de la causalidad lo hace solo en base a una supresión mental, porque no existe una ley general que genere un límite a la anulación mental, que sería lo óptimo, Puppe sobre esto cuando comenta el fallo establece que:

“Si se demuestra que en el caso concreto se dieron los presupuestos bajo los cuales, según esta ley, (...), (se produce uno de los daños a la salud o vida) el pulverizador para el cuero sería considerado causal del mismo. En caso de no contar con una ley tal, podríamos suponer que quizá igualmente exista” (Puppe, 2001).

Lo que el autor intenta explicar es que la aparición de casos aislados de daños a la salud no siempre deben ser considerados que fueron producidos por el uso de un producto, no puede llegarse a la conclusión de que esto es una regla general, porque genera un problema el momento de intentar probar el curso causal, dando por sentado este, sin la necesidad de la carga probatoria, el mismo Puppe afirma que “ (...) Probar la causalidad de un fenómeno mediante la exclusión absoluta de todas otras causas no es posible por razones de principio”. (Puppe, 2001)

Esto es bastante obvio porque implica desconocer que la relación causal que ha sido asumida, no está sustentada en leyes causales volviéndola materialmente desconocida, es por eso que el criterio tomado por el Tribunal Supremo alemán, atenta contra al estatus jurídico de inocencia,

llegando al absurdo de invertir la carga de la prueba, afectado directamente al sospechoso. Consideremos que la ley causal, que es aplicada no puede ni si quiera ser refutada, lo único que se realizará es entregar una posible hipótesis al juez de como sucedieron los hechos, por lo que la única manera de liberarse sería si el sospechoso entrega mediante su investigación al verdadero culpable del hecho^[mp1].

Hassemer cuando comenta en fallo emitido por Tribunal de BGH, cree que esta dado por:

“La incapacidad de las ciencias empíricas para determinar con precisión cual es el factor nocivo en un producto compuesto no tiene por qué afectar a la dogmática de la causalidad. Para determinar ésta, no es necesario un conocimiento exacto de la cadena existente entre el factor nocivo y el daño, cuando puede excluirse que un factor diferente al del producto compuesto de muchos factores nocivos haya causado el resultado” (Citado por Donna, Derecho Penal Parte General Tomo II, 2008),

Para el autor seguir estas líneas jurisprudenciales, tiene un claro efecto contraproducente que es realizar una flexibilización de las estructuras de imputación y deformar el concepto de causalidad en materia penal; renegando la importación probatoria a un espacio sumamente subjetivo, esto en materia de responsabilidad penal por el producto para el autor direcciona el problema a dos opciones “ o abandonar el concepto de causalidad que tradicionalmente se ha dado en Derecho Penal a los efectos de incluir estos nuevos problemas, o aplicar el in dubio pro reo, tratando en consecuencia al imputado con el estándar tradicional de la imputación” (Citado por Donna, Derecho Penal Parte General Tomo II, 2008)

Rodríguez piensa que “se podría afirmar sin excesiva osadía que casos como el aquí tratado se convierten en la piedra de toque de una teoría de la causalidad que pretendía ser aplicable a la resolución de problemas penales” (Rodríguez Montañes & Castañon, 1995), el autor cree que en los cursos causales complejos, las definiciones de causalidad y la manera de probar la misma, que ha sido utilizada por la jurisprudencia y la doctrina son ineficaces, por lo que para el autor la consecuencia lógica de esto es que estos carecen de utilidad, y esto generaría que las resoluciones jurisprudenciales se basen en instituciones, olvidando por completo fundamentos de la naturaleza probatoria, generando violación a la garantías básicas del debido proceso.

3.1.2 Caso del Aceite de Colza

En 1981 se genera una epidemia en varias zonas de España, empieza una investigación de las autoridades sanitarias los síntomas de los afectados, permitían concluir que tenían una neumonía transmitida por vía respiratoria, pero siempre estuvo presente la posibilidad de que todo fuese ocasionado por intoxicación por algún alimento. Lo que generaría gran revuelo en la época fue que la enfermedad era nueva y desconocida; la investigación empieza a direccionarse a determinar que generaba lo que se denominaría “síndrome toxico”. Llegarán así a una primera conclusión de que la causa sería la ingesta de aceite en mal estado, pero posterior a la fecha de la resolución del caso penal de acuerdo con Donna solo se pudieron probar:

“1. Que los síntomas de la enfermedad fueron lesiones de los vasos sanguíneos; inició de edema pulmonar y aumento anormal de los eosinófilos (...) a esto se le unió que los enfermos estaban con bajo peso, desnutrición y depauperación total. (...) 2. Las personas enjuiciadas en el proceso conforme a un modelo de distribución de funciones y de responsabilidades que se relatan en la sentencia realizaron una serie de manipulaciones sobre aceites destinados al consumo humano, incorporándoles aceites no comestibles. 3. En dicho proceso de manipulación se introdujo en el aceite de colza una sustancia, la anilina, de carácter venenoso, que se transmitía al aceite de colza y a los que con ese aceite se integraban, pero que no cambiaban necesariamente el aspecto, color, sabor y olor del aceite de colza de manera perceptible. 4. Dicha sustancia al ser introducida en el aceite de colza dio lugar a la formación de anilidas de los ácidos grasos.” (Donna, Derecho Penal Parte General Tomo II, 2008)

Para Paredes Castañón (1995) se olvidan varias situaciones que fijan el curso causal sucedido, la primera se tenía conocimiento, que la enfermedad tenía relación con la aparición de anilidas de los ácidos grasos en el aceite ingerido, pero se desconocía el origen del agente tóxico que suscitó la enfermedad, en segundo lugar era sabido que las anilidas de los ácidos grasos se presentaban en las situaciones en las que la sustancia antes referida fue colocada en el aceite de colza, empero la determinación de la conexión era insuficiente, porque era sumamente dificultoso, saber si era por

introducir la sustancia o por manipulaciones posteriores que desnaturalizaron el aceite. La tercera circunstancia que planteada por el autor, es que se probó que el denominado síndrome tóxico nunca fue generado por la intoxicación por anilina. Concluye con la idea sobre que el agente tóxico y el efecto que producía en el organismo humano era ignorado.

Según Paredes Castañón (1995) el Tribunal Supremo español formula una noción aceptable y válida sobre la relación de causalidad, que será aquella emitida en base de que, la comprobación de una ley causal natural y la correspondiente subsunción que se haga de los hechos bajo aquella, sin embargo, es el mismo Tribunal el que acepta que dentro del presente caso la dificultad se presente por la falta de una ley natural que se aceptada por la comunidad científica, por lo que Paredes Castañón afirma que:

“(…) el conocimiento empírico vulgar resulta insuficiente para emitir un 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, constituyen un fundamento suficiente para abrir paso a un proposición afirmativa de causalidad” (Rodríguez Montañes & Castañón, 1995),

El juzgador cuando afronta delitos con resultados típicos, el momento de la decisión deberá explicarlos , en base a un sustento de leyes fenoménicas que le habiliten conectar a título de causalidad, entre el resultado y el actuar humano, pero la mayoría de situaciones plantea la siguiente problemática dada, por que existe un desconocimiento acerca de la acción causante. Cuando existe conexión causal entre el resultado y la acción confirmado por el contraste que permiten las leyes fenoménicas, sin embargo es el mismo Paredes Castañón(1995) que menciona que esto no se evidencia en caso del Aceite de Colza porque en el mismo era posible realizar una verificación de las acciones anteriores , pero no se podía establecer la conexión causal con el resultado típico, porque existía un desconocimiento acerca de las leyes fenoménicas que afirman dicha conexión, es por eso que para él, la decisión que vaya a ser tomado por el juzgador es de orden normativo, dado que tiene que ser objeto de un análisis hermenéutico.

Donna confirma esto de la siguiente manera: “(…) no es necesario el conocimiento exacto de todos los pasos del curso causal y ni aun del agente concreto determinante del carácter lesivo del resultado, siempre que se cumpla la base teórica antes enunciada” (Donna, Derecho Penal Parte

General Tomo II, 2008). Consideremos que el Tribunal español partió de dos sentencias alemanas, dentro de la sentencia se puede evidenciar que afirmaron la diferenciación entre la prueba jurídico-penal y la prueba científica natural, que generó un rechazo con la doctrina. Actualmente esto no ha sido apoyado desde la perspectiva científica, sin que signifique poner en duda la tesis que refiere que es innecesario esclarecer el mecanismo causal. Donna en su obra manifiesta que en este sentido el Tribunal alemán señaló que:

“ que si se ha comprobado de manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto- aunque no sea posible una mayor aclaración- es causante de daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por que dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cual ha sido, según el análisis y los conocimientos científicos-naturales, el fundamento último de esta causalidad” (Donna, Derecho Penal Parte General Tomo II, 2008)

Empero existe la exigencia de que, si no se puede determinar el desarrollo del mecanismo causal de manera conforme a métodos científicos, los tribunales tienen la obligación de excluir todas las posibles causas de daño que entre dentro de la consideración, de acuerdo a una valoración ponderativa la de prueba, que sea inobjetable. Para Bacigalupo “el nexo causal entre la composición de un producto y el daño a la salud de sus consumidores se debe considerar comprobado de manera jurídicamente inobjetable” es decir que puede abrirse una brecha sobre que sustancia ha generado los daños, cuando se excluyan otras causas que entren en consideración.

3.1.3. Caso de Cotergan.

El caso Cotergan, que se considera como el caso madre u origen de la cuestión, fue una investigación , realizada por el propio Kaufmann, el que lo resume así:

“Al cabo de averiguaciones realizadas durante seis años y medio, la fiscalía enjuicio en 1967, ante el Tribunal Provincial de Aquistrán, a dirigentes de la firma químico-farmacéutica Grunenthal, haciéndolos responsables de la fabricación y expendio del medicamento Cotergan o talidomida. La fiscalía les imputaba homicidio culposo, lesión corporal dolosa y culposa, infracción a la ley de medicamentos y otras. El reproche de lesión corporal se basaba en que el producto causaba trastornos nerviosos, y, en caso de que hubiera sido ingerido

durante el primer período de gestación, deformaciones del feto. El reproche de homicidio culposo se refería a la circunstancia de que recién nacidos morían inmediatamente después del parto como consecuencia de graves deformaciones” (Kaufmann, 1973)

En el juicio se hizo una determinación acerca de que si el talidomide podría producir las deformaciones y los trastornos nerviosos, después del pronunciamiento de varios expertos con conclusiones distintas, el tribunal fundamentó su decisión, basado en que la causalidad se encontraba demostrada, es decir probada respecto de que la acción de producción había generado el resultado de las deformaciones y trastornos nerviosos. El Tribunal sobreseyó el procedimiento, por la prolongación que este había tenido, esto lo hizo con consentimiento de la fiscalía y con arreglo a una ordenanza procesal penal vigente en ese época, además tiene que ser considerada la indemnización que fue realizada por la firma farmacológica, que pago 110 millones de marcos para las niñas deformes y 4 millones de marcos para todos los afectados por el trastorno nervioso.

Donna cree “(...) uno de los temas de este caso fue el de la causalidad y sobre él nos vamos a extender, porque entendemos que la discusión doctrinaria se fijó de acá en más los criterios esenciales del problema y también las formas en que los tribunales han tratado de escaparse de estas consecuencias” (Donna, Derecho Penal Parte General Tomo II, 2008). Es claro el intento de desentenderse de las consecuencias que producen los análisis que realizaron los tribunales, no solo en este caso sino en los dos casos anteriores también.

Kaufmann (1973), sobre el tema de la causalidad plantea la [interrogante](#) acerca de que si el problema sobre la causalidad en este caso, se trataba solamente de una situación causal habitual corriente en la práctica y teoría en materia de Derecho Penal y Procesal, porque para entender que el resultado fue realizado por el autor requiere un supuesto causal, que exige la aplicación al caso, de leyes causales que ha sido admitidas y conocidas, y puestas en conocimiento del tribunal por medio de peritos; empero, en este proceso se debía constatar la existencia de leyes causales que establezcan que el consumo del talidomide generaba las deformaciones o perjuicios nerviosos, en relación con un nexo causal, que fijaba la relación de causa y efecto. El mismo autor cree que esta problemática no ha podido encontrar una específica solución ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Kaufmann opina que dentro del procedimiento nunca se llegó a demostrar una causalidad concreta, es decir que nunca existió.

El problema de esta causa, fue que^[mp4] por medio de la declaración de los peritos, se comprobó que existieron efectos secundarios del producto, que generaron las deformaciones como los perjuicios nerviosos. Para Kaufmann (1973) se evidencia dos interrogantes claras la primera se da en cuanto que puede llegar a suceder cuando entre los expertos en la materia la ley causal es discutible y no sirve para llenar la causalidad típica, esta incertidumbre de las ciencias naturales, permitirá al juez tener la libertad para negar o afirmar la ley natural. Aquí radica el asunto central, porque si la causalidad es un concepto normativo como se intentaba decir, la única salida del problema es que el juez deje a un lado la ciencia, transitando por el camino de los tiempos precientíficos.

Para Donna la respuesta del Tribunal Alemán sobre la prueba es dada de la siguiente manera “ lo que interesa, conforme a la peculiaridad del conocimiento de las ciencias filosóficas, no es la certeza objetiva necesaria para la prueba de las ciencias naturales, sino tan sólo la subjetiva” (Donna, Derecho Penal Parte General Tomo II, 2008); lo que afirma Kaufmann, es que el Tribunal se desvincula del principio de la experiencia. Empero explica que “la certeza subjetiva del juez no puede sustituir el conocimiento general. Científicamente, el principio sigue siendo una hipótesis a la falta de aprobación de los grupos profesionales competentes” (Kaufmann, 1973),

Es decir el reconocimiento general de un principio debe tener como consecuencia la falacia de la declaración y la culpabilidad del acusado, continua el autor, y se refiere a que las afirmaciones que se hacen en base a la generalidad en el ámbito científico, la adopción de estas afirmaciones solo debe hacerse cuando éstas tengan el suficiente respaldo científico , porque solo esto permite que sean aceptadas en general.

Kaufmann (1973) con este trabajo marcó la senda del sentido que debía dársele a la causalidad, cual es el problema que esta fija y cuál es el objeto que tiene dentro del proceso, Donna (2008) cree que a pesar de ser contradictorio lo que uno puede llegar a leer en lo escrito por algunos procesalistas el juez no debe fundar sus sentencias en apreciaciones personales sobre los circunstancias regidas por la ciencia, el juez debe mantener su objetividad siempre, para Kaufmann, “(...) la relación con la norma jurídica se infiere, precisamente , que la ley causal esta sustraída a la disponibilidad de la convicción subjetiva. Su existencia debe ser objetivamente cierta; de lo contrario, es imposible subsumirla bajo la ley causal” (Kaufmann, 1973); el mismo autor plantea que la exigencia que

tienen los principios de la experiencia en el marco de las ciencias naturales es obligatoria para las leyes causales, la aplicación de las mismas se da únicamente si están respaldadas científicamente.

Hassemer sobre el tema opina que dentro del caso lo más preocupante era el ámbito de la valoración de la prueba, dada la divergencia de los dictámenes y cuál de estos merecía más credibilidad o podía llegar a ser más probable, el auto expresa :

“En ese sentido, no se alejaba mucho de la posibilidad de una utilización objetiva del concepto de causalidad según el método tradicional. Sin embargo, el Tribunal rápidamente se refugió en esa zona en la que, aparentemente, no se pueden cuestionar las valoraciones relativas a la causalidad(...) en una zona en la que, aparentemente, no se pueden cuestionar las valoraciones relativas a la causalidad que en la instancias se han realizado, una zona en la que la valoración de la prueba se organiza intrínsecamente, subjetivando adecuadamente el resultado de la decisión y bloqueándola contra las irritaciones que provengan de un concepto de causalidad más preciso” (Hassemer & Muñoz Conde, 1995),

El convencimiento debe poder mantenerse en el tiempo, sin embargo, entendemos que el convencimiento judicial es un hecho que sucede internamente en la mente del juzgador, por lo que se dificulta su constatación y no puede ser objeto de criterio objetivo de valoración.

Donna (2008) cita la idea que tiene Rudolphi, fija que el autor cuando habla sobre la teoría de la condición legal, existen dos preguntas que deben ser separadas para que se produzca la constancia del curso causal, la primera es demostrar la existencia de una ley causal científica que sea aplicable al caso en concreto, esta pregunta debe ser respondida en base a lo que se denomina como causalidad general, que es dada por la comprobación positiva de la ley causal subsumible a una premisa que permita la subsunción, el autor cree que solo la respuesta a la primera pregunta permite dar el paso a la segunda que se trata sobre la subsunción de la ley causal a los hechos concretos , esta situación es trascendente sobre todo en el aspecto de la libre valoración de la pruebas que realizan los jueces para la formación de su convicción, esto es lo que se conoce como casualidad concreta, el juez no puede ni debe fundamentar su decisión en base a un convicción subjetiva, porque si existe una ley causal debidamente comprobada es una competencia que le corresponde a la ciencia científica, y su aplicación debe ser observada por el juzgador sobre todo cuando esta tenga reconocimiento absoluto en los círculos científicos.

3.2. Concepto.

La delimitación del concepto de responsabilidad Penal por el Producto requiere realizar ciertas consideraciones dentro de la Ciencia Penal, el tema acerca de la criminalidad de empresa en los últimos años ha ido incrementado el interés de la doctrina, y esto es dado por que los criterios acerca de la atribución de la responsabilidad penal, que permite de acuerdo a la imputación determinar los ejecutores directos del hecho, esto complementa con la teoría del dominio del hecho que en materia de imputación es realizado por personas naturales, elementos que nos hacen caer en cuenta que la prevención no siempre será satisfecha, porque dentro de organismo existen personas que toman decisiones que deben ser realizados por otros individuos que se encuentra bajo una relación de subordinación, por eso en la práctica la imputación de un resultado debe realizarse de manera vertical en línea descendiente.

Schünemann, entiende que la criminalidad de empresa es aquella que “por medio de la actuación de una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa” (Schünemann, 1982); para este autor la empresa es tomada como un medio para generar una lesión a bienes jurídicos, no es del todo claro, porque no hace una diferenciación sobre la intencionalidad que tienen los intervinientes y olvida que la responsabilidad penal por el producto tiene su mayor evidencia en los delitos imprudentes de resultado, en este punto debemos mostrar la divergencia que existe con lo que se conoce como la criminalidad en la empresa que implica todos los actuare lesivos que se realizan en contra de la empresa o de quienes trabajan en ella , por personas que integran la organización, buscando generar y producir un daño personal o un daño interno dentro de la empresa.

Para José Manuel Paredes :

“ (...) desde hacía varias décadas se ha abierto otro ámbito de litigiosidad diferente para las empresas; el de la responsabilidad de estas y sus empleados, directivos por los daños físicos causados a los consumidores por los productos por ellos producidos o comercializados” (Paredes Castañón, 2019).

Es decir que se vuelve notorio que donde exista un afectación o lesión a un bien jurídico protegido que sea resultado del acto de consumo de un producto es un aspecto que se ha vuelto habitual en la

práctica jurídica, a esto se le suma el deseo que tiene los afectados de obtener no solo una reparación, si no la imposición de una pena para aquel que se considera que incumplió con sus deberes.

Consideremos que las preocupaciones que genera la responsabilidad penal por el producto dentro del ámbito empresarial amplia en campo al que debe enfrentarse los industriales dentro del Derecho Penal, porque incluye que se debe tener en cuenta delitos de resultado, como el homicidio y las lesiones, pero no solo es un aspecto que afecta a los empresarios, sino que también genera dificultades a todos los operadores dentro de los procesos penales, sobre todo aquellos que tiene el ejercicio público de la acción, porque la tarea investigativa se vuelve ardua y compleja, en cuanto a la demostración de los cursos causales y el nexo que tienen con el resultado. José Manuel Paredes sobre este aspecto cree que :

“ (...)el problema de la responsabilidad penal por productos defectuosos no es sino el problema de cómo aplicar los criterios interpretativos asentados en materia de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto y daños en cosa ajena, así como determinados delitos de peligro contra la seguridad colectiva, a un subconjunto de hechos típicos que, por su ubicación dentro de la actividad de fabricación y/o de comercialización de productos de consumo, no son realizados de la manera habitual (por un individuo o por un pequeño grupo de individuos), sino a través de una organización (la empresa), a veces notablemente compleja.” (Paredes Castañón, 2019)

Y esto nos permite hacer una afirmación que parece obvia, es que la mayoría de casos en los que existe una responsabilidad penal por los productos tiene lugar en las grandes empresas ya que serán las que mantenga organizaciones complejas con un mayor número de cadenas de comercialización, producción, distribución. Esto desde de la visión del Derecho Penal impone condicionamientos ilógicos a la teoría del delito, sobre todo el momento de la atribución de la responsabilidad, porque para que esta se pueda manifestar requiere que exista una afirmación de la tipicidad, sin olvidar la exigencia de que existan autores plenamente identificables que permite observar la tipicidad subjetiva entendida como concurrencia del dolo o de la imprudencia, porque solo a través de estos presupuesto se podrá realizar la imputación del resultado objetivamente lesivos a título de acción o de comisión, pero estos son los aspectos que colocan en aprietos a los

tribunales de justicia por que genera un problema al momento de la carga probatoria y será lo que los lleve a tomar decisiones irracionales o incongruentes, sin una base probatoria o dogmática.

Consideremos que dentro del tema de la responsabilidad penal por el producto un aspecto determinante será dado por la metodología que se utiliza para imputar el incumplimiento de los deberes objetivos de cuidado. Hassemer/Muñoz Conde opina que:

“Lo que sí resulta aquí nuevo es la metodología utilizada, de imputar los deberes incumplidos al responsable último de la decisión. La dogmática de la participación en el ámbito de la responsabilidad por el producto no se asienta, por tanto, ya en la responsabilidad del que ha provocado el daño, sino que busca desde el primer momento quién debe responder en última instancia de ese daño” (Hassemer & Muñoz Conde, 1995)

Kulhen (2000) catedrático de la Universidad de Manneheim, explica cuál es la necesidad de la responsabilidad penal por el producto, la misma que puede ser observada de manera distinta, propone que no existe un índice por el cual se pueda reseñar la necesidad del tema, uno se puede cuestionar sobre si la responsabilidad penal por el producto surge como la respuesta correcta del Estado ante la infracción de los deberes normativos que tienen las empresas en la cadena de circulación de los productos, o si se trata de una necesidad para la garantía de protección que busca el consumidor, en donde la autor alemán sostiene que solo de esta manera se genera la prevención de las lesiones a los bienes jurídicos, sostiene además que:

“Ambas formulaciones de la cuestión de partida, que guardan una estrecha relación con premisas jurídico-penales de carácter general, pueden además variar según la medida en que se tome como base el Derecho penal vigente (o, precisamente, en la medida en que no se tome como base).”(Kuhlen, 2002).

Además, toma una postura acerca de la necesidad preventiva como de la normativa, y los hace partiendo en base de las normas jurídico penales generales sobre todo de aquellas que tienen que ver con los delitos de resultado, confirmando que son adecuadas desde el punto de vista normativo como preventivo. El tema de la responsabilidad penal por el producto, abarca varios conceptos de la teoría del delito, sin embargo, en nuestro análisis nos interesa ver si la responsabilidad

concretamente de los trabajadores individuales que prestan un servicio a la empresa fabricante, permiten imputarles un delito de lesiones a la vida o la salud por causa de los productos que fabricaron, como se puede observar en la sentencia de los tribunales alemán y españoles. Kulhen opina que:

“(…) desde una óptica normativa la responsabilidad por el producto derivada de daños a la vida y la salud causados por productos defectuosos (esto es la punición del fabricante o del trabajador del fabricante a título de homicidio o de lesión corporal, sea a título doloso o imprudente) es en principio insoslayable y, por lo tanto, necesaria en cuanto la conducta aparezca como punible tras una adecuada concreción de los tipos penales” (Kuhlen, 2002)

Pero esto no es del todo claro, como pudiese parecer, dado la autonomía que en la sociedad actual tiene el ámbito de la producción y distribución de productos, que implicaría también un tema acerca de la protección que debe tener el consumidor, que muchas veces está sometido a una regulación específica, esto es lo que complica el tema, ya que si le añadimos la responsabilidad civil, en una primera etapa no pareciese necesaria una responsabilidad penal, sin embargo es por eso que este ámbito social es considerado.

“(…) no sin razón, uno de los ámbitos especiales, que vienen caracterizados por específicos y modernos problemas de riesgo que son la consecuencia de nuevas complicaciones; por este motivo, en lo que respecta a la aplicación de los tipos tradicionales del Derecho Penal Nuclear como las lesiones y el homicidio, estos ámbitos son especialmente propensos a un Derecho Penal «moderno» o «del riesgo» que, conforme a una extendida percepción, pretende solucionar los mencionados problemas mediante la extensión de los conceptos penales y la disolución del poder limitador de los principios “(Kuhlen, 2002).

Empero esto no puede significar, que no exista un indicador normativo, para la responsabilidad penal por el producto, la falta de consecución de ciertos beneficios preventivos, sobre la responsabilidad civil por el producto, ni la existencia de un ámbito social autónomo como se lo conoce, no son criterios suficientes para la legitimación de la exclusión de la protección que produce la prohibición de los delitos penales de resultado

Para el catedrático alemán “(...) la pertenencia de ciertas conductas a tal ámbito es per se irrelevante en lo que respecta a su merecimiento de pena. Tener en cuenta tal pertenencia mediante la exención de responsabilidad penal constituiría una infracción del principio de igualdad(...)” (Kuhlen, 2002), entendemos que por la situación existente, una regulación específica se termina dando cuando se considera como un objeción a la responsabilidad penal por el producto, por las consideración que se hace de los efectos preventivos de la actuación en el ámbito civil Kuhlen afirma que la responsabilidad penal por el producto:

“(...) está normativamente indicada con independencia de su significado preventivo junto a la responsabilidad civil, todavía no se ha dicho nada sobre si las específicas concreciones de las normas penales genéricas que ha realizado la jurisprudencia en este ámbito son adecuadas o no.”(Kuhlen, 2002) ;

Sin embargo, debemos entender que la responsabilidad penal por el producto cuando se refiere a lesiones que atente contra la vida o salud, considera bienes jurídicos que se encuentran normativamente protegidos, protección que no solo es normativa, sino que también es considerada en las resoluciones jurisprudenciales más importantes, sin olvidar que la prevención general se produce cuando la conducta es conforme a la norma, sin importar el número de sentencias dictadas por los tribunales.

Los trabajadores de las empresas que producen los productos, el cuidado respetable se genera por el riesgo de la condena, siendo esto lo que lo vuelve trascendental para ellos. Kuhlen, confirmará que “Tal riesgo le toca personalmente y no es asegurable.”, razón por la cual el autor cree que la disposición del trabajador para tratar de evitar el riesgo de la condena , depende de su apreciación personal fundada en su conocimiento de los deberes del productor que son penalmente sancionados .Kuhlen termina su análisis de la necesidad de la responsabilidad penal por el producto con la siguiente frase:

“la responsabilidad penal por el producto, tal y como ha sido definida por la nueva jurisprudencia, y especialmente la del BGH, es adecuada desde el punto de vista normativo y al mismo tiempo contribuye a la protección de la vida y la salud del usuario.”(Kuhlen, 2002)

Pero si bien es claro que existe una necesidad acerca de la responsabilidad penal por el producto, también deben existir ciertos límites, porque solo a través de estos se cumplirán con los requisitos de la punibilidad. El límite de mayor trascendencia sobre el tema será dado por lo deberes que debe tener el productor, deberes que son importantes porque permiten el momento de la imputación de la infracción a serlo a título de dolo o de imprudencia, ya sea por un delito de resultado o de peligro, Kuhlen opina que:

“Estos deberes tienen una importancia esencial en la situación que caracteriza la toma de decisiones bajo incertidumbre, especialmente en lo que respecta a la puesta en circulación de un producto, a su mantenimiento en el mercado, o a su retirada del mismo teniendo en cuenta indicios de peligrosidad más o menos claros y significativos.”(Kuhlen, 2002)

Los deberes del productor fijan algo interesante desde la perspectiva del Derecho Penal, en lo referente a que la prohibición de determinado actuar de acuerdo a las funciones seleccionadoras del tipo debe ser una situación fijada ex ante. Los cursos causales que son generados por la propia actuación del producto son de suma relevancia, sobre todo el asesoramiento que se le brinda a la empresa de parte de los profesionales del derecho de la misma o de profesionales externos sobre todo en lo referente a la concreción de los deberes que debe respetar y mantener el productor, cuestiones que además de su relevancia en la práctica es importante por otras razones.

La tecnificación y el desarrollo tecnológico permiten dentro del ámbito social que nos interesa, tener una producción en mayor cantidad con mayor rapidez de los productos, esto dificultará la determinación de la información sobre la peligrosidad en la producción de un producto, porque la apreciación que se haga determinara si tiene la suficiente trascendencia para que el productor se cuestione, sobre si el producto generar la necesidad de tomar medidas para disminuir el riesgo, para Kuhlen “No es posible sin embargo establecer un baremo de validez general para la determinación de esta sospecha, sino que habrán de considerarse en cada caso distintos factores, como la plausibilidad de la hipótesis de la peligrosidad, la entidad y el número de las lesiones que se teme puedan causarse, así como la utilidad del uso del producto” (Kuhlen, 2002).

Creemos que el planteamiento si bien es cierto no es nada concreto, porque implica que el análisis del productor para cumplir con los deberes del mismo, lo lleven en el caso de tener un ligera

sospecha de una posible producción de un daño a realizar un examen exagerado, teniendo que considerar criterios generales científicamente aprobados, ligados a los intereses de la protección que espera el usuario, imaginando cursos causales hipotéticos, llegando a plantear en base a ellos medidas de protección, de carácter obligatorio, y esto lo que pudiese generar es que tales inconcreciones pueden llegar a ser reducidas por la jurisprudencia , pero sin embargo generen el peligro de imponer al productor exigencias al extremo estrictas sobre su actuar, Kuhlen cree que:

“Este peligro se produce, por un lado, porque la determinación del deber se realiza por los tribunales desde una perspectiva ex post, y por lo tanto alejada a menudo compleja situación en la que ha de decidir el productor, así como con conocimiento de las lesiones que luego efectivamente se produjeron, lesiones que en el campo de la responsabilidad por el producto a menudo son graves y alcanzan a muchas personas, lo que conforme a los conocimientos de psicología social hace suponer que la atribución de responsabilidad será excesivamente estricta” (Kuhlen, 2002)

Pero, consideremos que puede existir la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales, prefieran orientar sus decisiones en base de sentencias de los tribunales civiles que pueden llegar a ser muy valiosas para fundamentar sus sentencias. En el ámbito doctrinal esta solución es propuesta de un manera bastante amplia y reiterativa, porque la jurisprudencia civil, supera el límite existente entre la responsabilidad subjetiva de la responsabilidad por el riesgo.

3.3. Responsabilidad civil por el producto

Desde la edad de Roma lo que se conoció como *damnum* fue una situación que se encontró ligada a lo comisión de un delito que para Francisco Polo consiste en el “perjuicio económico que sufre el dueño de la cosa por la pérdida o deterioro de ésta: cuando ha sido injustamente causado (...) da origen a acciones delictuales contra el responsable” (Samper Polo, 2009), es decir que cuando hablamos de daño o perjuicio es todo menoscabo que es soportado por una persona ya sea en su integridad física, moral o patrimonial.

En el Derecho Romano, desde sus inicios existió siempre una diferenciación sobre el daño planteando dos categorías apreciables, el daño que nacía del crimen, y aquellos que se generan por

medio del delito privado, porque todos los delitos eran privados, y lo que restaba era considerado crimen, lo que produjo que en los primeros la pena y la indemnización sean acumulativas. Pero, el Derecho Romano también sufrirá un periodo de transición que será originado por la época de la Ley de las Doce Tablas, que materializa la transformación de la disposición voluntaria hacia la legal obligatoria, es decir aquel que era víctima del daño o del perjuicio podría elegir entre una reparación económica o una vendetta de orden corporal.

Sin embargo si existía un daño directo, su contraparte siempre estaría presente, es por eso que se empieza a realizar la consideración de un daño indirecto, bajo la denominación de las acciones in factum, bajo la figura de las acciones civiles, porque los derechos subjetivos dentro del Derecho Romano, fueron inexistentes, era un derecho de acciones diversas e innumerables para un sin número de situaciones.

En este punto la compensación surge como aquella figura, que buscaba poner fin a la venganza entre particulares, porque en esta no se realizaba un verdadero análisis de quien era el culpable y tampoco se hacía una consideración sobre si su forma de actuar era dolosa o culposa, lo que en Roma era bastante claro era que solo interesaba que el perjuicio que se había causado sea indemnizado con una compensación, la responsabilidad que se observada era simple y objetiva. Es por eso que la noción de culpa en materia contractual, es reducida en el ámbito del derecho clásico, a determinar si el deudor cumplió o no de buena fe. La graduación de la culpa, en principio no existió en la forma en la que la conocemos actualmente, es decir grave leve o levísima, porque era necesario tener una idea de culpa y empieza la materialización del principio de que no es posible empezar la persecución sin culpa. En materia contractual para Samper Polo

“la responsabilidad está determinada por la fides reciproca que se deben las partes, de manera que una conducta desleal (...) se considera fraus. Como este término se equiparaba muy fácilmente al dolo, la jurisprudencia recurrió a una precisión mayor, aprovechando el ya creado concepto de culpa según la interpretación de la lex Aquilia, en el sentido de negligencia o falta de cuidado.” (Samper Polo, 2009),

En lo posterior el Derecho Romano, no hacia la consideración de la culpa levísima, para ellos solo existió la grave y la leve, solo será hasta el derecho postclásico en donde la graduación de la culpa como la conocemos en la actualidad, aparece. Con el quebrantamiento del Imperio Romano se dio

un desmembramiento del mismo, por lo que se volvió imposible hablar de un solo derecho, por que surgen diferentes ordenamientos jurídicos, con diferentes derechos propios y particulares cada uno, Gastón Salinas afirma que:

“ No existe más un derecho único, unificado y rigiendo para el mundo conocido occidental, del Derecho Romano quedarán resabios, con aplicaciones más o menos fuertes, dependiendo de cada uno de los pueblos existentes, pero básicamente se darán sus propias normativas” (Salinas Ugarte, 2011).

La uniformidad jurídica que se mantenía con el Imperio Romano, desaparecerá, porque todos los pueblos empezaron a desarrollar un derecho propio con la correspondientes limitaciones territoriales, todo estos aspectos fueron sucediendo durante la época conocida como la alta edad media. Para Gastón Salinas los aportes que brindaron los juristas medievales de la época son dos en materia de obligaciones, el primero será el desarrollo de la responsabilidad extracontractual , que se resumía que cuando existía culpa sumado al cumplimiento de los requisitos determinados en ley, correspondía la indemnización a la víctima; el segundo aporte será la rectificación del pacta sunt servanda, es decir que todo acuerdo por haber sido aceptado voluntariamente debía ser cumplido como tal, y esto permite el desarrollo de la libre contratación.

En el Derecho Frances, es un caso particular en que es necesario hacer una diferencia del Derecho francés antiguo del que se genera después de la redacción del Código Civil, lo que sucedía podría denominarse como un caso particular porque no existía diferencia entre la responsabilidad penal de la civil, apreciándose la influencia romana que inclusive fue mucho más marcada que en el mismo imperio, pero la diferencia que tuvo con el Derecho Romano está dada según Gastón Salinas(2011), porque en el Derecho Franceses fijo la responsabilidad civil como un principio, que permitía alejarse del procedimiento, que enumeraba casos de composición obligatoria , que en el Derecho Romano eran contemplados como acciones puramente penales y acciones persecutorias, para Mazeaud/Tunc:

“(…) desde el momento en que se admite que la acción de la víctima no se le concede para castigar al autor del daño, para ejercer la venganza, se es conducido necesariamente a establecer el principio fundamental de que un daño cualquiera, causado con una culpa cualquiera, da lugar a reparación.” (Mazeud, 1957),

La distinción entre incumplimiento contractual, delito penal y hecho ilícito, sistemáticamente surgen por medio de la idea del jurista francés Jean Domat, así la plante Gastón Salinas (2011). El autor chileno continúa, y además arguye que no será sino hasta un siglo después que por medio de Joshep Pothier, se logra el vínculo entre el Código Civil de Napoleón y el derecho francés antiguo, Corral Talciani concluye que:

“(…) podemos concordar en que DOMAT Y POTHIER, han forjado la teoría clásica de la responsabilidad con los elementos iniciales compuesto por el derecho romano y reformulados por la interpretación de los glosadores, canonista y teólogos y jurisprudencia francesa medieval y cristalizados por las doctrinas del derecho natural racionalista” (Corral Talciani, 2003)

El Código Civil de Napoleón, produce el cambio más importante en la evolución de la responsabilidad civil y es la distinción con la responsabilidad penal, además excluye que la pena era parte de la reparación del daño, acompañado de la exigencia de la culpa para aquel que haya producido el daño, y esta culpa debía ser considerada en abstracto, es decir que debía cumplirse con el comportamiento que ha sido fijado por la ley.

La responsabilidad de acuerdo al sistema clásico fue expresada por Hugo Grocio, el padre de la Escuela Racionalista del Derecho Natural que según Gastón Salinas (2011) el será el que exprese la idea de manera rotunda sobre quien causo el daño por culpa está obligado por naturaleza a la reparación del mismo. La consecuencia de esto, será, que la jurisprudencia y la doctrina, empiecen a generar un nuevo orden, para la fijación de la indemnización, sin renunciar por completo al concepto general de culpa, a pesar de que en determinados casos no se logre individualizar la culpa de un autor determinado.

Este nuevo orden está revestido de ciertos aspectos que permitirán su desarrollo, entre los que encontramos, la presunción de culpa, que lo que permite es una apreciación más diferente de la responsabilidad por los hechos ajenos; le sigue el desarrollo de la concepción que se tiene de culpa, dejando el concepto de que lo debidamente cuidado, en casos concretos podría ser descuidos que generen responsabilidad; tenemos además que la culpa debe ser valorados desde estándares objetivos que no requieren realizar un análisis subjetivo del actor.

Aparece un cambio de la perspectiva del daño pasando de aquel que fue causado injustamente, al injustamente sufrido, esto permite una ampliación del concepto de ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual, para que empiece abarcar los hechos dañosos, subsistiendo la obligación de seguridad; lo antes descrito permite entrar en un espacio que genera un acceso formal a la justicia, que se logra desde la perspectiva procesal, mediante el allanamiento de la víctima a la ley para conseguir un indemnización por el daño. Ya en la era del garantismo de acuerdo con Gastón Salinas:

“se produce un cambio frente a la protección de las personas, generándose una visión de garantismo antes los diversos fenómenos jurídico-sociales. La modernidad fue la historia de los consumidores. La post modernidad es el compromiso con los subconsumidores y los usuarios” (Salinas Ugarte, 2011).

Ahora bien, para hablar de responsabilidad civil por el producto era necesario hacer la aproximación descrita en líneas anteriores. La responsabilidad civil por el producto tiene un desarrollo que se origina en el Derecho Civil alemán como rama autónoma de la responsabilidad extracontractual, que tiene como fin imponer una sanción de orden pecuniario, al productor o el distribuidor, por el daño causado por los productos defectuosos. Lautaro Contreras opina que: “(...) la responsabilidad (civil) por el producto. En su evolución fueron esenciales dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo Federal en los años 1868 y 1970: la sentencia de la peste del pollo y la sentencia de los frenos respectivamente” (Contreras, 2018).

Por lo que el que tiene que responder por el daño causado al que consume los productos, será el fabricante cuando haya lesionado los deberes de aseguramiento del tráfico. Para Lautaro Contreras (2018) los deberes de aseguramiento son aquellos que deben ser cumplidos por los que crean escenarios de riesgos, y están obligados a tomar las medidas que fuese necesarias para evitar estos daños, como comentamos en líneas anteriores son los deberes objetivos que tienen los productores, estos deberes que dentro de este espacio social han tenido un desarrollo al detalle.

Para Lautaro Contreras “(...) el fabricante tiene la obligación de configurar el desarrollo del producto de tal manera que este sea seguro desde el punto de vista del estado actual de la ciencia y de la técnica(...)” (Contreras, 2018), La organización de los procesos de producción desde el ingreso de la materia prima, el proceso de producción y el control que se efectúa sobre los bienes,

debe estar tan bien respaldado y asegurado que permita concluir, que los bienes son actos y no generaran daños a los consumidores porque no ha existido un quebrantamiento de los deberes de fabricación.

Lo detallado anteriormente, no libera de la obligación del deber de instrucción en el cual el fabricante debe informar al consumidor la manera de usar o consumir el producto, esto implica determinar los riesgos y advertirlos, el ultimo deber es de vigilancia que permite realizar un control ex post es decir que después de colocado en el mercado el fabricante tiene la obligación de controlar el producto por los eventuales riesgos que no pudieron ser identificados el momento de la producción. Dentro del ámbito civil la inobservancia de estos deberes puede producir una responsabilidad que genere una indemnización por el dolo injustamente sufrido, por la culpa del fabricante.

3.4. Formas de las conductas punibles en el marco de la responsabilidad penal por el producto

A lo largo de este trabajo de investigación hemos hablado sobre el ámbito social que implica la producción de un producto, pero es el momento de fijar cuáles son los eventuales delitos que se pueden producir en este espacio social, entendemos que la producción de productos, es una actividad social en la que pueden tener lugar los delitos de peligro como los delitos de resultado, empezaremos refiriéndonos a estos para concluir el análisis con los delitos de peligro. Cuando nos referimos a los delitos de resultado entendemos que la aplicación de una eventual pena, cuando el delito ha sido consumado, tiene un límite, dado por el resultado típico, descrito en el tipo penal, pero además debe existir un nexo de causalidad con la acción, que tiene que ser típicamente adecuado en base a la relación causal, solo así se puede fundamentar la responsabilidad.

Para Paredes Castañón “ Naturalmente en los casos en los que se exige responsabilidad penal por las consecuencias lesivas(muertes, lesiones, daños materiales) derivadas del consumo de un producto o servicio defectuoso también es aplicable esta regla general(antes planteada)” (Paredes Castañón, 2019), pero la regla que enunciamos siempre presenta dificultades, las cuales en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto son mayores, Paredes Castañón(2019) cree que estas dificultades se deben a dos razones: el autor fija que la primera es dada por la incertidumbre

acerca del curso causal que direcciona el resultado lesivo, y la otra causa tiene lugar porque ciertas ocasiones dentro del curso causal no solo interviene un actuar negligente o imprudente sino que muchas veces existen varios para que se configure el proceso de comercialización, inclusive este actuar puede provenir del mismo consumidor, pero nunca es fácil de dilucidar.

Existe un problema claro en la determinación de la responsabilidad penal por el producto el cual en líneas anteriores fue tratado, empero como nos referimos a los delitos de resultado debemos referirnos al mismo; el problema se manifiesta en cuanto a la determinación de la relación causal, que debe existir sobre todo en los delitos de resultado entre acción típica y el resultado dañoso, que en la práctica siempre ha presentado dificultades sobre todo en materia probatoria, porque la falta de medios de prueba o la existencia de los mismos sin sustento, que no cumplen con los estándares exigidos en un proceso Penal para el pronunciamiento condenatoria. Paredes Castañón cree que:

“Hasta este punto, sin embargo, nada especial ocurre en los casos de responsabilidad penal por el producto defectuoso. La cuestión, sin embargo, cobra tintes diferentes cuando- como ocurre con frecuencia- el proceso causal pretendidamente lesivo no es de naturaleza puramente física, sino que implica además (o principalmente) reacciones químicas y/o efectos fisiológicos en el organismo de la víctima”

El razonamiento del autor nos parece sumamente lógico dado que es obvio que el curso causal se volverá tenue, y el momento de probarlo la dificultad será mayor, sobre todo al momento de la materialización del resultado, porque la base será demasiado débil para comprobar la causa de la consumación, porque puede existir un daño, pero es complejo demostrar cómo ha tenido lugar este y mucho más hacerlo con certeza que fue el consumo de un producto el que lo generó.

La respuesta que ha dado la jurisprudencia es buscar una salida basada en dos soluciones posibles: la primera es adoptar el in dubio pro reo, absolviendo el delito consumado, u optar por un concepto de causalidad normativo, dudoso y forzando la decisión jurisdiccional fundada en indicios. Ambas opciones tienen aspectos contrarios, la primera muchas de la veces puede llegar a permitir la impunidad de los delitos, inconcebible desde el punto de vista político-criminal, pero la conversión de la causalidad en un concepto normativo, es peligroso porque genera un ruptura del principio de legalidad y de mínima intervención penal, porque la interpretación del mismo se volvería demasiado amplia sustentada en indicios.

La solución debe encontrar un punto intermedio que será dado por una ley causal respaldada científicamente y generalmente aceptada, y que no exista otra explicación casual que permite excluir el actuar por medio de otra explicación científicamente respaldada; estas condiciones pueden llegar a ser muy exigentes, porque están direccionada a absolver el delito consumado, empero Paredes Castañón(2019) opina que los supuestos en los que se fundamente los cursos causales que inician el momento de la venta hasta la finalización con la venta del productor, que provoca la afectación a la vida, salud, patrimonio, no estará correctamente determinado, por lo que en los delitos de resultado ignorar la exigencia legal de que para la imposición de la pena es indispensable la relación de causalidad y que esta sea probada , y cuando^[mp5] no se cumplen estas condiciones, la duda razonable subsistirá, solución que desde el aspecto garantista permite también condenar en el caso en que el conocimiento científico sea sólido y permita tener un indicio claro, a pesar de que se desconozca todo el proceso causal a detalle.

Es por eso que cuando sea posible probar una conexión causal, que permite determinar que el consumo del producto y los daños que se produjeron en la salud o vida de un consumidor, genera la posibilidad de realizar la imputación del resultado típico al actuar del agente y por lo tanto sancionar el delito de lesión, Para Paredes Castañón esta regla general tiene un quebrantamiento en dos casos:

“Primero cuando el proceso de fabricación y comercialización del producto que se revela como defectuoso está muy fragmentado (...) y, además, varios de los agentes intervinientes en el proceso han cometido errores que contribuyen a dicha deficiencia. Y, en segundo lugar, cuando ocurra que el consumidor no haya hecho un uso “normal”, adecuado, del producto defectuoso, sino un uso claramente negligente. Pues ambos supuestos, la conexión de previsibilidad objetiva entre la acción típica (de fabricación/comercialización) y el resultado lesivo puede fallar o, cuando menos, resultar más difícil de establecer” (Paredes Castañón, 2019)

La dificultad para la imputación en el primer caso llegaría a ser inexistente cuando se pueda apreciar que haya existido una conspiración , en donde los intervinientes de la unidades funcionales de la cadena de comercialización, incurren en errores de acuerdo a un plan establecido, en donde es innecesario que todos los intervinientes lo conozcan a detalle, si no basta la conciencia de que

el actuar puede generar peligros para el consumidor, en estos casos la imputación se vuelve posible, la dificultad que se puede apreciar es el momento de la individualización de la misma, para fijar autores ,coautores. Pero la cuestión difiere cuando esta cooperación es inexistente, y solo se manifiesta una serie de errores como consecuencia de actuares imprudentes dentro de la cadena causal, que producen un daño en el consumidor una vez consumido el producto.

En este supuesto, el principio de responsabilidad individual, será un límite para poder imputar el resultado que ha sido producto de alguna de las actuaciones conjuntas e imprudentes, porque no existe posibilidad de previsibilidad de la conexión necesaria ente el resultado y la acción, alejándose del campo de protección del deber objetivo de cuidado. Paredes Castañón opina que

“(…) muchos pequeños errores que acaban por contribuir en alguna medida que un alimento llegue al consumidor en mal estado no serán, por si mismos, suficientemente graves como para que vuelvan previsibles el resultado de muerte o de lesiones de ese consumidor. Faltará, pues, en tales casos la previsibilidad objetiva ex ante, por consiguiente, el resultado no podrá ser objetivamente imputado a tales acciones negligentes. En otros casos, sin embargo, la aportación de una determinada negligencia a las deficiencias que afectan al producto final es lo suficientemente importante como para que sólo en virtud de ellas el daño al consumidor se vuelva previsible” (Paredes Castañón, 2019)

Pero puede darse que a pesar de lo expuesto por el autor lleguemos al supuesto de que la trascendencia de la negligencia sea mucho menor, en relación con las actuaciones anteriores, además cuando se examine cada una, su sola confluencia vuelve probable el daño, en este supuesto la imputación del daño sería imposible porque nadie podría responder por el delito consumado. Otro supuesto que puede producirse es que la imputación del resultado está basada en una sola conducta negligente, esto sucede cuando la negligencia es tan trascendente, que la deficiencia en el producto es resultado directo de la misma, y por ende del resultado objetivo del tipo, pero esta es una situación bastante infrecuente.

En lo referente al segundo supuesto que genera problemas en cuanto la responsabilidad penal por el producto el momento de la imputación del resultado típico, esta dado por la negligencia del consumidor, por hacer un uso anormal o erróneo del producto, este es un tema ampliamente discutido en materia de dogmática penal que no tiene principios generales, ni tesis claras o

universalmente aceptadas, ahondar en el mismo, no es conveniente porque sería desviar demasiado el objeto de estudio, sin embargo cerramos esta idea, planteando la incidencia que este actuar negligente de la víctima puede llegar a producir el momento de la determinación de la responsabilidad. Para Lautaro Contreras:

“En el contexto de la responsabilidad penal por el producto, la conducta desaprobada del fabricante que realiza los delitos (resultado), (...), puede consistir en un hacer positivo (por ejemplo, la introducción en el mercado de un producto defectuoso) o en una omisión (por ejemplo, el no ejecutar una acción de retirada)” opinas en este aspecto que los límites entre acción y omisión dentro del ámbito de la imputación son bastante difusos, la línea límite entre ambos es tan tenue, mucho más en la imprudencia dentro del ámbito de la responsabilidad penal por el producto, por que dentro de está el reproche de una conducta puede contener elementos tanto negativos como positivos, de una acción u omisión, Lautaro Contreras manifiesta que “ Para la jurisprudencia alemana, el criterio decisivo para calificar un conducta como activa u omisiva radica en el punto neurálgico de la reprochabilidad” (Contreras, 2018)

Lautaro Contreras (2018), entiende que la omisión que determine punibilidad del fabricante tiene un requisito básico que será dado por la posición de garante, para él la doctrina cuando critica a la resolución emitida en el caso de lederspray, que fijara la necesidad de la posición de garante en esa conducta previa a la infracción del deber, porque si bien para el tribunal fue objetivamente contrario al deber la introducción del producto al mercado, por que iba a resultar dañoso para el consumidor, es equivocado, porque que puede consistir en un hacer peligroso, porque para que sea tal debe ser posible la cognoscibilidad de la peligrosidad del producto, cuando este sea introducido al mercado por que solo así se genera el riesgo no permitido, solo de esta manera se puede decir que se actuó en contra del cuidado debido o exigido.

Los delitos mas aplicados a los casos de responsabilidad penal por el producto son los delitos de resultado como habíamos manifestado pero dentro de ellos los principales serán el homicidio, el aborto, lesiones y daños, este último no lo encontraremos en nuestra legislación, estos delitos siempre conllevan una consecuencia adicional, por lo que no podemos dejar de considerar que la imputación también puede ser dada por acciones que constituyen comportamientos que quebrantan

el deber de cuidado, aun cuando no hayan sido determinantes en la producción del resultado lesivo, lo que intentamos decir es que si bien dentro de la responsabilidad penal por el producto puede producirse por delitos de acción u omisión, no se puede dejar de un lado los conocidos como comisión por omisión Paredes Castañón indica que:

“ (...) lo primero que hay que aclarar es que, en contra de lo que cierta doctrina y algunas sentencias judiciales han venido manteniendo, no puede ser cierto que en el seno de la empresa exista, por el hecho de tratarse de una organización, algún deber genérico de control que convierta a quien lo infrinja, automáticamente, en autor(en comisión por omisión) de los resultados lesivos que eventualmente pudieran producirse” (Paredes Castañón, 2019)

Partimos de dos situaciones la primera que no puede la responsabilidad penal fundamentarse en un deber de control , porque sería aceptar que la imputación de la responsabilidad puede ser automática, convirtiéndola en extensiva de acuerdo a la posición jurídica o el rol que cumple el directorio dentro de la empresa, sin considerar el dominio del hecho basado en las acciones realizadas; la comisión por omisión exige la siguiente estructura, la no evitación de un resultado prohibido cuando se hace lo que no se debe significando esto la causación del mismo, es por eso que decir que en todos los casos, los directivos de una persona jurídica, deban ser considerados como autores y responsables es erróneo.

Paredes Castañón(2019) considera que a pesar de que el actuar negligente provenga de un directivo de la empresa, y este se puede demostrar o se puede demostrar el conocimiento que tenía el mismo de la peligrosidad del producto para el consumidor, no se le puede imputar un delito de comisión por omisión , por los resultados lesivos de los delitos de resultados, sino que podrá responder por otros tipos de omisión, cuando concurren las condiciones de responsabilidad determinadas para los mismos.

El autor español continúa y manifiesta que “ (...) para que en los casos de responsabilidad penal por el productos defectuosos exista autoría de un delito de resultado lesivo en comisión por omisión, es preciso que se cumplan tres condiciones” (Paredes Castañón, 2019), condiciones que para él son las siguientes, la primera es la existencia de la infracción del deber objetivo de cuidado que tenía el sujeto activo, la segunda que la infracción consista en la no realización de un conducta activamente debida, para evitar el riesgo del resultado, el tercer requisito está dado por que el

resultado es de mucho mas probable producción por la infracción omisiva, pero a todo esto además debe sumársele la condición de equivalencia que tiene un vínculo con la esencia de la infracción omisiva, concluye esta idea Paredes Castañón expresando:

“(…) de entre todas las conductas infractoras y omisivas que pueden tener lugar en curso del proceso de producción y/o comercialización al consumidor del proceso defectuoso que ha de dañarle, únicamente serán de autoría aquellas que ocupen una posición central en el desencadenamiento de la lesión del bien jurídico. Mientras que las restantes constituirán tan solo conductas de participación: punibles (como complicidad o como cooperación necesaria), en el caso de ser dolosas, pero atípicas si resultasen meramente imprudentes.” (Paredes Castañón, 2019)

Esto nos lleva a entender que para que proceda al enjuiciamiento de las conductas omisivas deberemos realizar una distinción entre las omisiones propias, y relevantes de comisión por omisión que pudiesen producir un resultado lesivo, que daría lugar a la responsabilidad, sumando la variable de aquellas que elevan el riesgo de la materialización de un resultado mediante la determinación de un hecho; y las que por contrario el domino del hecho sigue en control de un tercero a pesar que se remueven obstáculos de la producción, por lo cual las primeras responderán a título de autoría y las segundas pueden ser considerada coparticipación de un actuar omisivo.

Como se habló en líneas anteriores, la división de las funciones es un aspecto central dentro de la responsabilidad penal por el producto, porque esto será lo importante, dejando de un lado la posición que ocupa dentro de la empresa, esta consecuencia es dada por el principio de confianza, y esto será lo que nos permita determinar al verdadero autor de la conducta lesiva que produce un resultado.

Ahora entendemos que la mayor parte de delitos de lesiones que se producen en el marco de la responsabilidad penal por el producto será imputada a título de imprudencia siendo el dolo una excepción, dado la eventualidad de su producción dentro del ámbito social de la producción, la imprudencia tiene sus propios problemas concretos entre ellos el mas relevante es fijar el limite entre la conducta permitida y la imprudente, porque la fabricación de un producto que tiene como fin el consumo de un individuo, en cualquier caso siempre tendrá algún riesgo; esta línea divisoria es tan débil y tenue, que si determinación debe ser exacta. Su determinación se produce por medio

del cumplimiento de la regulación administrativa que impone medidas de cuidado que deben ser observadas y respetadas, y el segundo esta dado por un aspecto subjetivo que implica un conocimiento razonable de acuerdo a la práctica.

Como habíamos precisado en líneas anteriores, dentro de los delitos de resultado que se producen en el marco de la responsabilidad penal por el producto, las conductas dolosas son más bien consideradas una excepción, Lautaro Contreras opina que:

“(…) se dice que normalmente no podrá demostrarse que el responsable por el resultado acaecido actuó- al menos- con la forma más débil de dolo, esto es, con dolus eventual. Ello exigiría que el sujeto haya conocido la peligrosidad no tolerada del producto y, pese a ello, no haya renunciado a la conducta prohibida o mandada” (Contreras, 2018)

Sin embargo, esta idea es fuertemente rebatida por Paredes Castañón (2018), para él es ingenuo pensar que, en base a los estereotipos, las conductas que tienen relación con la responsabilidad penal por el producto, deben estar siempre en el ámbito de las conductas imprudentes. El autor español manifiesta que esto sería desconocer los casos de conspiración que si bien puede que no tengan la misma frecuencia, no implica que sean imposibles; para el autor es cierto que en estos casos no llega a ser obvio que el fabricante o productor, tengan conciencia de que la puesta en mercado del producto generará daños graves a la salud, porque es bastante infrecuente este conocimiento, es por eso que como es sabido el dolo necesita de un elemento cognitivo, es decir que se tenga pleno conocimiento de que el producto es dañino y que producirá daños a la salud, y del elemento volitivo que es, conociendo esto manifestar la voluntad final de realizar la conducta.

Es infrecuente y complejo de demostrar en la responsabilidad penal por el producto, pero debemos considerar que las conductas en el ámbito que estamos tratando no siempre podrán ser imprudentes, porque los delitos que hemos ido desarrollando no solo son adecuables al dolo directo, si no también puede encuadrarse, por la manera en cómo están narradas en los códigos penales, ya que no impone restricciones a la tipicidad subjetiva, en conductas realizadas con dolo eventual, Lautaro Contreras cree que el dolo eventual del autor exige que:

“(…) el sujeto haya conocido la peligrosidad no tolerada del producto y, pese a ello, no haya renunciado a la conducta prohibida o mandada. Se afirma que el dolo eventual del fabricante

no será común, puesto que este siempre estará interesado en que el producto no caiga en el descrédito y en no verse expuesto a tener que pagar elevadas indemnizaciones de perjuicios.” (Contreras, 2018)

Estas razones nos llevan, afirmar que resultaría ilógico excluir de la responsabilidad penal por el producto la aplicación de estos tipos dolosos, porque no existe prohibición ni limitante acerca de ello, por eso la cuestión se centra en que una vez que ha sido probada la negligencia, existen indicios que permiten apreciar un dolo eventual, se deberá considerar esto el momento de la imputación; pero como ya lo expreso Lautaro Contreras el problema en la interpretación se produce en el momento, que de existir una certeza razonable de que, que el autor conoce la peligrosidad de su actuar, es decir de acuerdo con Paredes “ (...) es preciso precisar cuál es aquel conocimiento que han de tener el autor o autores y que fundamenta psicológicamente la calificación de una conducta como dolosa.” (Paredes Castañón, 2019)

Lo que interesa es determinar que la justificación del desvalor del acto está dada por la intención que el autor tiene en la producción del resultado dañoso para el bien jurídico, en donde la aceptación de que la producción del mismo debe ser elevada de tal manera que su aceptación sea implícita por el sujeto, es decir que los conocimientos técnicos del sujeto son inherentes porque lo que interesa es la representación de un peligrosidad elevada para la vida del consumidor; por lo tanto si dentro de la empresa las personas que tienen la capacidad de decisión no se representan mentalmente dentro de la esfera de la valoración, el resultado como posible, el dolo eventual queda fuera, por la falta de la representación en lo que es conocido como la esfera de lo profano, dando lugar al delito dentro del campo de la imprudencia; empero si se prueba esta representación surge la duda si la acción puede ser considerada como dolosa.

A pesar de todo lo analizado, puede darse, por razones de la mas variada índole que los delitos de resultado, sean inaplicables o inoperantes en el ámbito de responsabilidad penal por el producto, para Paredes Castañón esto puede deberse a:

“Primero de todo, porque no llegue a producirse un daño efectivo al consumidor, aunque sí que haya habido una conducta peligrosa y negligente por parte de la empresa productora o comercializadora del producto, pero sea imposible demostrar la existencia de dolo por parte del autor o autores.(...), en segundo lugar, hemos visto que, aun existiendo resultado lesivo

para los bienes jurídicos del consumidor, puede ocurrir que pese a todo dicho resultado no pueda ser imputado objetivamente a la actuación empresarial negligente: por falta de prueba suficiente de la relación de causalidad o por la concurrencia de otras conductas también negligentes. Por fin, en tercer lugar, puede suceder también que haya alguna conducta que, a pesar de haber contribuido al curso causal lesivo, no haya tenido la suficiente trascendencia en su determinación objetiva como para ser calificada como una conducta de autoría. Supuesto en el que pueden ocurrir dos cosas que impidan su punición: primero, que la conducta del partícipe sea meramente imprudente, (...) segundo, aun en el caso de que la conducta del partícipe resultase ser dolosa, si el autor, por cualquier razón (error de tipo, causa de justificación), no hubiera actuado de modo típicamente antijurídico(...)" (Paredes Castañón, 2019)

En los casos mentados, es claro el problema de lo que se denomina lagunas de punición, es por eso que el legislador para poder solucionar estas lagunas, ha ido creando numerosos delitos de peligro o incluyéndolos en el catálogo de delitos, delitos que serán consecuencia de la sociedad, de riesgo que en muchos de los casos tienen penas menores, caracterizados por que sanciona los actuantes negligentes o imprudentes, porque no necesitan de la comprobación de daño, siendo los mismos la consecuencia de lo que se conoce y se denomina como sociedad del riesgo.

Ulrich Beck (1988) "caracteriza la actual etapa del industrialismo como SOCIEDAD DEL RIESGO, con esta expresión se viene haciendo referencia por una de sus características más singulares a la sociedad de nuestro tiempo" (De la Cuesta Aguado, 2005), lo que intentará explicar este modelo social es un modelo que superó a la industrialización, en el aspecto económico, para dar paso a un modelo guiado por el desarrollo tecnológico que se irá convirtiendo en su fundamento social, generando nuevos y grandes riesgos. Para Beck "La sociedad del riesgo es la época del industrialismo en la que los hombres han de enfrentarse al desafío que plantea la capacidad de la industria para destruir todo tipo de vida sobre la tierra" (Citado por De la Cuesta Aguado, 2005))

La razón de considerar la idea de Beck en este apartado es porque el autor nos demuestra que actualmente este modelo teórico sirve para explicar lo que se denomina como Derecho Penal de riesgo que en palabras de Cuesta Aguado es " (...) aquel conjunto de delitos cuya finalidad es incidir penalmente en la realización y creación de riesgos en los ámbitos de la tecnologías más

avanzadas propias de la que se denominó -sociedad tecnológica- más allá de la sociedad industrial” (De la Cuesta Aguado, 2005) la necesidad de producir un espacio de protección, que se da por medio de la punición en esta sociedad de riesgo, plantea la exigencia de la intervención penal, en la cual destacan nuevos tipos de delitos como los Ecodelitos, biodelitos, delitos de la energía nuclear y el que nos interesa delitos contra los consumidores, que estiran el marco tradicional de daño que puede producir una cosa(producto) hasta el punto de direccionar una sanción de índole punitivo al productor, que produjo riesgo o peligros que generan un resultado dañoso contra la vida o salud humana.

Una de las situaciones más evidentes actualmente de la ciencia Penal es el intento que ésta hace para adecuarse a la sociedad de riesgo, cuando intenta realizar un adelantamiento del momento de la intervención penal, es decir que la aplicación del Derecho Penal debe realizarse ex ante, porque sólo de esta manera se evita la lesión; para De la Cuesta(2005), el adelantamiento es observable en tres vías; la primera es estableciendo una tipificación de los delitos de peligro, sin considerar la lesión; la segunda se mira en el aumento de la tipificación de los delitos imprudentes; el tercer momento; es la invención de bienes jurídicos colectivos, el argumento de estas vías es que si uno esperase la lesión sería inútil la intervención penal, criterio que consideramos erróneo, porque lleva al absurdo de sancionar la infracción a la norma, dejando de lado el principio de mínima intervención penal porque estos supuestos llevan desconocer sanciones administrativas y llevarían al juez a juzgar en base de presunciones que no han sido demostradas.

Nuestra legislación no es una excepción de la influencia de la sociedad de riesgo, con la^[mp6] entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se tipifican ciertos tipos penales que serán incluidos en los denominados Delitos Contra Los Derechos de Buen Vivir; entre ello tenemos los referentes a la Contaminación de sustancias destinadas al consumo humano en el tipificado en el artículo 216 del COIP, el antecedente del tipo es interesante porque evidencia la manifestación en nuestra legislación de lo comentado en líneas anteriores. El fundamento se da por que el año 2011 después de una declaratoria de emergencia nacional desatada por la intoxicación por el consumo de licor adulterado, llevara a la tipificación En el artículo 216 del Código Orgánico Integral Penal que manda que:

“La persona que altere poniendo en riesgo, la vida o la salud, materias o productos alimenticios o bebidas alcohólicas destinadas al consumo humano, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”. “Con la misma pena será sancionada la persona que, conociendo de la alteración, participe en la cadena de producción, distribución, y venta o, en la no observancia de las normas respectivas”. “La comisión de esta infracción de manera culposa será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses”. (COIP, 2014)

De igual manera el artículo 217 del Código Orgánico Integral Penal tipifica la producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados la que establece que:

“La persona que importe, produzca, fabrique, comercialice, distribuya o expendan medicamentos o dispositivos médicos falsificados o que incumpla las exigencias normativas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”. “La persona que expendan o despache medicamentos caducados y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses. Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con una multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la misma” (COIP, 2014)

Como se puede ver en estos tipos penales, la aplicación de los delitos de peligro, tiene un condicionante, que es la comprensión del bien jurídico que intentan proteger, porque si observamos con detenimiento lo que se entiende por seguridad colectiva o salud pública no es en sí un verdadero bien jurídico, La “seguridad colectiva” como bien jurídico, Paredes Castañón(2018) cree que se puede utilizar otra expresión y los denomina bienes jurídicos intermedios, porque el objeto de protección de los mismos no tiene una entidad autónoma, y su fin estará dado por la protección que éstos pueden llegar a producir para la preservación de otro bien jurídico, “Así, la seguridad colectiva o la salud pública no son sino formas de aseguramiento de los bienes jurídicos vida, integridad física y salud: anticipaciones en la intervención (a través, precisamente, de delitos de peligro), para evitar la lesión de dichos bienes” (Paredes Castañón, 2019), y esto se entiende,

porque pueden existir conductas que no podrían llegar a ser sancionadas, ni como tentativas, por medio de los delitos de resultado.

Esto implica que los delitos de peligro abstracto, para que no constituyan una infracción solamente formal, debe manifestar una conducta peligrosa contra la salud, vida o integridad física de una persona, Así, en el caso de aquellos tipos penales que están configurados como los presentes en nuestra legislación intentan proteger al consumidor por medio de un protección ex ante, es decir la protección está destinada a sancionar el proceso de producción y comercialización, mas no el resultado mismo del delito . Es decir, de acuerdo con Paredes Castañón:

“(…) hace falta que, con independencia de la falta de autorización administrativa, se demuestre que las características de la sustancia nociva, del aditivo no autorizado, empleados en el alimento, en el medicamento, etc. Dan lugar a una probabilidad estadística relevante (de acuerdo con los estudios científicos disponibles) de que tenga lugar muertes o daños en la salud.” (Paredes Castañón, 2019),

Por otro lado, en los delitos de peligro concreto, se sigue, que se pruebe que la vida o salud de algún sujeto determinable ha corrido un peligro altamente probable de ser lesionado. Es por eso que la conducta para ser considerada como negligente, requiere de la prueba del peligro en conjunto con la una infracción efectiva, dejando al lado la meramente formal del deber objetivo de cuidado que tenía el autor.

Empero de acuerdo a lo tratado en este apartado, al final los delitos de peligro, también resultan ser de una manera indirecta delitos contra la vida, o esa pretende ser su finalidad la protección de la misma desde el adelantamiento de la intervención del Derecho Penal y la punición. Por ello, la regla general de la relación concursal entre estos tipos de delitos, mientras no exista una regla específica, será la consunción la que rija, por lo que se deberá realizar una interpretación sistemática, que permita subsumir las conductas típicas de los delitos de peligro, integrándolo al desvalor de acto del delito de resultado, prefiriendo el daño o lesión a un bien jurídico concreto y claramente apreciable, excluyendo los mal llamados bienes jurídicos intermedios. Sin embargo Paredes Castañón cree que:

“Esta solución es válida, no obstante, únicamente para los casos en los que haya identidad entre los bienes jurídicos afectados por el delito de peligro y por el subsiguiente delito de lesión. Por el contrario, cuando la acción negligente y peligrosa del autor o autores haya creado peligro para una pluralidad de consumidores, el hecho de que alguno o algunos hayan sufrido, a consecuencia de ello, una ulterior lesión no excluirá la aplicación del delito de peligro en relación con el resto de los consumidores amenazados.”

En tal caso la concurrencia de ambos tipos de delitos será obvia, y, por lo tanto, se aplicarán las reglas propias del concurso de delitos, en la mayoría del caso, el concurso ideal, sin dejar de considerar la posibilidad de un concurso real de infracciones cuando la conducta sea de tracto sucesivo.

3.5. Aplicación del principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto en la legislación ecuatoriana.

En la responsabilidad penal por el producto existe, una amplia aceptación sobre la vigencia del principio de confianza, de manera tal que la jurisprudencia lo aplica en este campo, este es un aspecto bastante importante acerca del principio, dado que su origen es de orden jurisprudencial. Para Lautaro Contreras “El principio de confianza rige en la relación fabricante-proveedor; al interior de la empresa fabricante; en el vínculo fabricante-vendedor y, finalmente, en la relación fabricante-consumidor.” (Contreras, 2018),

En materia de conductas imprudentes, la aplicación del principio de confianza, cumple la finalidad de ser la limitación de los deberes del cuidado debido, papel que cumplirá de igual manera en las actuaciones culposas de los fabricantes, siendo por consiguiente, el criterio ideal para fijar dentro desde ámbito social, la responsabilidad de cada uno de los individuos que participen en la cadena de producción que parte del fabricante hasta llegar al consumidor, es por eso que este apartado está destinado a realizar ese análisis la aplicación del principio de confianza dentro de la responsabilidad penal por el producto.

Lautaro Contreras(2018), autor que realiza el trabajo más profundo sobre el tema explica que esto solo se puede lograr por medio de la distinción de dos grandes manifestaciones, de la aplicación

del principio de confianza, la primera, la vigencia de la confianza dentro de la fabricación, confianza entendida en su sentido literal es decir considerando que las actuaciones de los interviniente dentro del proceso de fabricación y comercialización , colocando un condicionamiento necesario, para no dejar la antijuricidad del suceso causal a un lado, la segunda manifestación la brinda, la confianza que tienen los consumidores, que creen que el producto que consume no les dañará, “Mientras que el primer grupo de casos incide en afectaciones a bienes jurídicos intermediados por la conducta de terceros, el segundo se refiere a afectaciones de bienes jurídicos intermediados por la conducta de la propia víctima.” (Contreras, 2018)

Las consideraciones normativas que se hacen acerca del principio de confianza nos sirven para uno y otro grupo de manifestaciones, jugando un decisivo papel para fijar el límite del ámbito de responsabilidad. En la división del trabajo que se produce al interior de la empresa y entre las empresas, el principio de confianza, requiere de una consideración previa, para determinar si el que fabricó el producto o el que lo distribuyó, causaron daños en la salud o vida del consumidor, cuando se trata de un persona natural, encontraremos dificultades de una índole mayor para la imputación penal , Lautaro Contreras afirmara que “(..)esa persona no solo habrá sido causa para el resultado, sino que la infracción de los deberes jurídicos destinados a la protección de la vida y salud del consumidor solo se le podrán reprochar a ella.” (Contreras, 2018),

Empero, estas empresas, cada vez son más escasas, porque en el comercio actual, la tonificación y el desarrollo del comercio exige que las empresas sean entidades, que se encuentra constituidas bajo las formas que prevé la ley como sociedades anónimas, o de responsabilidad limitada, es decir entidades incapaces de representarse por sí mismo y por lo tanto personas jurídicas.

En este punto en necesaria hacer una comparación entre la legislación ecuatoriana y algunas legislaciones del mundo por ejemplo en Alemania, las personas jurídicas no son punibles, la responsabilidad solo puede ser imputable a personas naturales, esa falta de punibilidad es lo que obliga a cuestionarse qué miembros dentro de la organización, son los responsables de la lesión del bien jurídico, es por eso que la responsabilidad penal dentro de la organización se traslada a su integrantes(situación que no es diferente a la legislación ecuatoriana, lo que varía es la pena que debe afrontar la persona jurídica),

La legislación ecuatoriana a partir del año dos mil catorce, con la entrada en vigencia de su norma adjetiva y procesal denominada Código Orgánico Integral Penal en adelante COIP incluye una figura sumamente interesante, que en la doctrina y varias legislaciones del mundo a generado rechazo, esto es la responsabilidad de la persona jurídica, siendo el momento oportuno para hacer una aproximación acerca de ella, no profundizaremos, dado que nuestro tema de estudio no es ese, sin embargo debemos referirnos, esta responsabilidad penal se concretiza y no llevas a tres inferencias.

La primera será que existe una clara distinción acerca de un tipo de estructura que es aplicable a la responsabilidad de la persona jurídica y su respectiva determinación, esto lo encontraremos fijado en el artículo 49 del COIP, a este particular se le debe sumar la determinación de penas propias, que le serán aplicables a la persona jurídica establecida en el artículo 71 del COIP, en segundo lugar tenemos, que el artículo 49 del COIP , lo que pretende establecer y decimos pretende, porque no lo hace, es un sistema de responsabilidad autónomo para las personas jurídicas, mediante la representación de que ellas son ente ficticios que permitan generar un benéfico a una sociedad o a sus socios, sin delimitar de una manera eficiente la participación de la persona jurídica y de la persona natural., generando un problema el momento del juicio de reproche, el tercero es que procesalmente no existe determinación acerca de la responsabilidad de la persona jurídica en el proceso penal.

Dentro del Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 49, fija ciertos presupuestos fácticos, que deben ser cumplidos el momento que se realiza, la investigación, luego el proceso de juzgamiento y sentencia de un persona, para lo cual es imperiosa la necesidad de que una personas jurídica actúe por medio de una persona natural, porque ella por sí mismo no puede, es decir esta persona natural es un intermediario, cómplice, que sirve para realizar el tipo del acto, es por eso que el momento de la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, existe una serie de presupuestos que deben cumplirse, es por eso que el mismo artículo 49, señala una larga lista de aquellos que pueden participar en la comisión de un delito que puede haber participado para que se considere responsable a la persona jurídica.

La norma dispone lo siguiente:

“Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.” (COIP, 2014)

Observemos que lo que hace la normativa de nuestra legislación es intentar abarcar la mayor cantidad de personas que realizan algún tipo de tareas dentro de la organización, manifestando dos grandes grupos, el primero en el que constan los representantes, administrativos, dueños quienes tengan en su calidad investida la capacidad de tomar decisiones de forma parcial o total por la persona jurídica y facultades de control, y un segundo grupo que abarca a los empleados o subordinados sometidos a decisiones tomadas por la persona jurídica o sus directivos quienes realizan actos por orden sin tener decisión del hecho.

Algo más que nuestra legislación busca establecer para la determinación de la responsabilidad penal por el producto es que esta, siempre va requerir la participación de una persona natural, que tenga dominio del hecho y que realice la conducta, a nombre de la persona jurídica, o la utilice como una instrumento como para la comisión de un delito, a esto ya no referimos en líneas anteriores es lo que la doctrina conoce como criminalidad de la empresa, lo cual es un requisito que distingue cuando la persona jurídica es víctima o puede llegar a ser victimario.

Nuestro Código además incluye otro aspecto que la determinación del beneficio que puede llegar a producir el delito a favor de la persona jurídica ya sea de manera directo o indirecta, planteando

un eximente cuando el beneficio sea para una tercera persona total mente ajena a la persona jurídica, en todo caso es inimputable. Esto genera una consecuencia y es que se vuelve imperioso la identificación de los responsables dentro de la empresa que debían cumplir con las labores de control, vigilancia, supervisión, fabricación, instrucción, es por eso que la división del trabajo que implica una especificación de los actores dentro del desarrollo de la actividad empresarial es sumamente importante. Esto no implica que aquel que cumple una función específica la debe realizar de manera aislada, porque sería algo ilógico, dado la finalidad que tiene la producción de un producto, y la forma en como es realizado, para Lautaro Contreras:

“(…) cada miembro de la organización está de una u otra manera vinculado con el conjunto de las actividades que se desarrollan en el seno de la empresa. Tratándose de la división del trabajo entre organizaciones empresariales, los procesos individuales que tienen lugar al interior de ellas también se vinculan entre sí.” (Contreras, 2018),

Es decir que el marco de la fabricación y distribución, las tareas que realizan los intervinientes están complementadas unas con otras, porque su relación es indispensable, para que se de un normal funcionamiento dentro de la cadena de fabricación. Lautaro Contreras explica que para la doctrina “(…) de la división del trabajo surgen ámbitos de confianza recíproca, dentro de los cuales el individuo no tiene la obligación de revisar la corrección de las medidas adoptadas por los otros” (Contreras, 2018), y esto nos lleva a cuestionarnos, sobre cual será el límite en el que se puede confiar en otro y, donde empieza la responsabilidad del que confía.

Ahora pasaremos a explicar la vigencia del principio de confianza dentro de la división del trabajo en el interior de una compañía y entre compañías, Lautaro Contreras (2018) opina que para esto debemos distinguir tres casos en los que se puede llegar a aplicar el principio de confianza, en primer lugar el que se genere al interior del cuerpo directivo de una empresa, el segundo esta dado en la delegación de tareas al interior de una empresa y entre empresas y el tercero caso es aquel que se produce entre vendedor y fabricante.

Todas las empresas que fabrican productos cuentan con una organización que realiza una división del trabajo, de una manera vertical y otra horizontal, la vertical implica una jerarquización interna en la empresa, en donde se tendrá una persona o grupos de personas que se encuentran en la cabeza de la pirámide, a ellos le siguen los directivos o gerentes de áreas especializadas o departamentos

concretos, y la pirámide termina con los operarios, cuando nos referimos a la organización de orden horizontal es la que está presente en todas las empresas, en cada uno de sus departamentos, en donde existe, el trabajo en este ámbito se da con iguales cargas, sobre todo en materia de responsabilidad esta se evidencia en el máximo nivel de la jerarquización que está conformado por órganos colegios o de varios directivos .

La vigencia del principio de confianza en el contexto de este órgano de acuerdo con Lautaro Contreras es dada de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina alemana por:

“(…) si el directivo responsable de un determinado departamento o sección lesiona un deber jurídico, solo a él se le imputará el resultado lesivo. Aunque los demás directivos también coloquen una condición necesaria para el resultado, pueden confiar en que el colega responsable del respectivo departamento o sección cumplirá con la exigencia debida”

Entendemos que debe existir un límite, porque la confianza tampoco puede ser absoluta, es por eso que la protección por medio de la confianza a los directivos, está dada por el convencimiento de que estos cumplen con los deberes de cuidado que implica su conducta en la medida que esta justificada, porque si se llegan a mostrar indicios de que alguien del área o sección cometió errores que producirán daños a la salud o vida del consumidor, no se puede pedir que el principio de confianza esté vigente. De manera similar la vigencia del principio desaparece el momento que se empieza a evidenciar que los ejecutivos, encargados de diferentes secciones no son confiables, o no se encuentran calificados para el desempeño de la función, o la repartición de tareas no ha sido clara de tal manera que no permita evidenciar que evitara un riesgo sobre los bienes jurídicos.

Existe un caso de excepción para el principio de confianza que es dado en los momentos de crisis para Lautaro Contreras esta se produce, en el instante que llega a conocimiento de la organización, por lo que la sociedad en su conjunto está comprometida a responder por el daño causado,

“En este tipo de casos, la adopción de medidas por parte de los distintos ejecutivos acotadas a sus respectivas secciones ya no bastará para solucionar el problema; por el contrario, será necesario que la plana directiva coordine acciones conjuntas entre los distintos departamentos” (Contreras, 2018).

Comprendemos que dentro de las empresas el reparto de tareas, sirve para la eficiencia del desarrollo de la actividad, distinguiendo los departamentos que se encuentren a cargo de funcionarios calificados y competentes, lo que permite a la organización es minimizar o inclusive eliminar los riesgos que puede producirse, fijando los “los deberes y restricciones de libertad de cada ejecutivo y, por ende, el círculo de aquellas personas a quienes se les puede reprochar la creación de un riesgo desaprobado” (Contreras, 2018). La restricción de la libertad de actuación a los miembros del equipo, por medio de la imposición de deberes ajenos a los propios de sus funciones, en el departamento que tienen a cargo, es inadecuada, porque sería una exigencia desmedida, que les pondría en la situación de gastar sus energías en otras tareas, descuidando las propias.

Como lo explicamos en líneas anteriores esta restricción de la libertades solo es necesaria cuando exista un justificación acerca de si la actuación de unos de sus colegas es confiable, y esto es claro por qué se comprueba que la repartición de tares que se dio en un origen, ya no es eficaz, pues no protege bienes jurídicos, si dentro de la empresa no existe un órgano que se encarga de realizar el reparto de las tares cumpliendo con ciertos deberes, ya no se puede aplicar el principio de confianza, se deberían tomar medidas correctivas de orden organizacional, para que pude existir un división clara de las tares , y de esta manera se mantenga la vigencia del principio. El autor chileno que varias veces hemos citado en este apartado estema que:

“Otra consideración normativa sobre la cual el principio de confianza descansa consiste en el criterio de la autorresponsabilidad. Al interior de la directiva de una empresa fabricante siempre va a existir la posibilidad de que el «aporte previo» ajustado a Derecho de un ejecutivo sea (de algún modo) utilizado por un colega para la comisión de un delito posterior, sea este doloso o culposo.” (Contreras, 2018)

La desaprobación de la conducta del ejecutivo que actuó en base a Derecho, por el hecho de que sea simplemente causal, aplicando el criterio de la equivalencia de las condiciones, es una solución a todas luces inadecuada, por que desconoce que un colega del ejecutivo que tenía un conocimiento previo, puede utilizar de manera delictivita. siendo este el que produce los riesgos, porque existan situaciones concretas que permitan apreciar, que no se puede confiar; pero si estos no concurren debe prevalecer la libertad de acción.

La fabricación de productos, cada vez es más compleja, por lo que se vuelve difícil por no decirlo imposible, la exigencia a los ejecutivos del cuidado de todos los deberes que están destinadas a la protección de los bienes jurídicos del consumidor, deberes a los que ya nos referimos en líneas anteriores,, debemos entender que los ejecutivos no son seres omnipresentes por lo que no pueden estar presentes en todas y cada una de la cadenas causales que se produzcan al interior de las empresas, Lautaro Contreras opina que “(...)en una época donde abundan empresas de gran tamaño –algunas de ellas incluso con presencia global–, la posibilidad de que sus directivos tengan el control de todas y cada una de las actividades que se desarrollan en su seno es frecuentemente irrealizable” (Contreras, 2018).

Las garantías de la seguridad de los productos están dadas por el cumplimiento de los deberes que tienen las empresas, pero estos tienden a ser transferidos o delegados mediante la asignación de competencias que generan la posibilidad de decisión. Y esto implica dos tipos de delegaciones la primera la que se produce bajo la relación de dependencia al interior de la empresa y una segunda que no implica relación laboral, en la primera tiene lugar por medio de la facultad de mando que ostenta el empleador, a través de esta ordena a sus subordinados, y por la tanto materializa la transmisión de deberes, pero esta delegación también puede tener un subdelegación que será dada en base a la organización jerárquica que mantenga la empresa, sobre la delegación entre empresa manifestamos que en aquella no existe una facultad de mandar por lo que estas órdenes pueden o no ser acatadas, por la falta de relación de dependencia, es por eso que esta deberé estar contenida en un documento , entendimos este como un contrato que instituya obligaciones para las partes.

Para Lautaro Contreras de acuerdo con la doctrina:

“(...) quien lleva a cabo la delegación puede confiar por regla general en que el subordinado o el tercero, a quien se le ha transferido el deber, cumplirá con este adecuadamente. Si es que el subordinado o el tercero no cumplen con el deber, o lo hacen incorrectamente, y provocan de este modo una lesión en los bienes jurídicos del consumidor, quien realizó la delegación podrá invocar en su favor el principio de confianza. El principio rige también en la dirección contraria, es decir: el subordinado o el tercero pueden confiar en que el encargo se ajusta a las exigencias que impone el Derecho para la protección de los bienes jurídicos del consumidor” (Contreras, 2018)

Pero esta delegación no libera de responsabilidad, sería un absurdo pensar esto, porque sería desconocer los deberes de competencia que tienen los que dirigen la tarea, es por eso que estos deben brindar todos los medios idóneos para que su delegación sea cumplida a cabalidad, es por eso que los deberes de control, instrucción y selección son fundamentales, para que la delegación a un tercero se cumpla sin infringir o lesionar bienes jurídicos, y solo en la medida que estos se cumplan podemos hablar de un vigencia del principio de confianza.

La relación entre el consumidor y el fabricante, exige una relación, que deber ser delimitada, para establecer los ámbitos de responsabilidad y ambos; el Fabricante es responsable de la lesión de los bienes jurídicos que se provoca al consumidor cuando se puede evidenciar que la utilización de los productos se hizo de una manera razonable por parte del consumidor. Porque todos aquellos daños que tenga su origen en el consumo irresponsable o el uso negligente del producto, liberan de responsabilidad al productor. La vigencia del principio de confianza estará materializada en este caso por la forma en la como se use el producto; nos referimos de acuerdo a la doctrina alemana en el uso del producto de acuerdo a su finalidad y a la uso del producto en contra de su finalidad; el primero caso consiste en el uso apropiado y hacía que está destinado el producto, por ejemplo si tengo un alimento no puedo considerar que este tendrá un fin medicinal, porque así lo recomiendan algunas persona, es romper con el fin que tiene el producto, es decir el producto debe cumplir con el fin hacia el cual fue destinado el momento de su creación.

En lo referente al uso del producto contrario a su fin, se evidencia cuando el consumidor lo utiliza de una manera inapropiada o contraria a la que fue destinada la naturaleza del producto, yendo más allá de las expectativas que tiene el fabricante el momento de la creación del mismo, este puede ser de dos clases previsible e imprevisible, cerraremos esta idea con lo expresado por Lauto Contreras que dice que las “consecuencias fundamentales de los distintos tipos de uso del producto (..)existe amplio consenso en que el fabricante (solo) debe responder por aquellos daños al consumidor que tienen lugar cuando el producto se usa de acuerdo a su finalidad, o de manera inapropiada pero previsible. Los riesgos que surgen del uso inapropiado e imprevisible del producto debe asumirlos, en cambio, el propio consumidor”. (Contreras, 2018)

CONCLUSIONES.

1. El principio de confianza, tiene un origen jurisprudencial, que parte de la necesidad de limitar la imprudencia en el tráfico rodado, es una institución que en circunstancias optimas permite, realizar una apreciación, de cómo debe desarrollarse una sociedad, que observa y respeta las normas jurídicas, porque sólo de esta manera tendrán vigencia los bienes jurídicos; siendo el fin máximo del Derecho Penal la prevención de la afectación a los mismos. Sí bien el origen del principio de confianza, surge como una respuesta jurisprudencial al avance tecnológico del sector automotriz, los riesgos y cuidado que se debían tener en este ámbito social, es una institución que debido a su flexibilidad y amplitud, se puede aplicar en diversos ámbitos sociales, que impliquen la participación de varios individuos en conjunto, es por eso que se encuentra estrechamente ligado al principio de la división del trabajo, y sólo de esta manera se podrán cumplir con los fines de las tareas en conjunto.
2. Al realizar este trabajo de investigación observamos que las relaciones sociales pueden ser de la más diversa índole y éstas siempre estarán fundadas en la confianza que se tiene, que los participantes de la sociedad respetarán sus deberes y acatarán las normas, sin el principio de confianza nos llevaría vivir en una sociedad en donde debería regir un principio de desconfianza, impidiendo el desarrollo de los individuos.
3. La ubicación del principio de confianza dentro de la estructura del delito, será en la tipicidad objetiva, porque, es aquí donde se desenvuelve y se convierte en el límite no solo de la previsibilidad de una conducta, sino además del cuidado debido que deben tener las personas en el desarrollo social, sólo de esta manera limita el incremento del riesgo, se convierte en la barrera necesaria para la no generación de un riesgo no permitido, es decir si bien se manifiesta como límite del cuidado debido y del riesgo no permitido, al final tendrá consecuencias en el elemento del delito conocido como culpabilidad, porque su aplicación, permite la traslación de la culpa, aquel que infringe el deber objetivo de cuidado e incrementa el riesgo.
4. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto tiene un papel protagónico, sobre todo en los delitos culposos de resultado, sin dejar de considerar que el

actuar de forma dolosa es una excepción en estos delitos que no debe dejar de ser considerada por que excluye la aplicación del principio de confianza, por la intencionalidad propia del actor manifestada en el fin que será producir un daño al consumidor.

5. En el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, la aplicación del principio de confianza tiene el fin de definir las normas de conducta que deben tener los participantes dentro de la cadena de producción y comercialización del producto, normas que deben ser respetadas, porque su lesión implica la aplicación de los tipos penales de los delitos de resultado y el algunos casos de aquellos delito de peligro considerados dentro de la legislación penal vigente.
6. A lo largo de este trabajo establecimos, que el principio de confianza es el criterio delimitador del cuidado debido, de todos aquellos que interviene cursos causales que se producen en la fabricación del producto y la comercialización de los bienes de consumo, evitando que los participantes en esta relación social deben contar con el actuar imprudente de un tercero, permitiendo establecer la responsabilidad de la persona que inobservó los deberes de cuidado, convirtiéndose así el criterio para establecer la responsabilidad de los verdaderos culpables, evitando sanciones injustas e ilógicas.

RECOMENDACIONES.

De acuerdo al análisis realizado de la institución jurídica denominada principio de confianza y la aplicación dentro de la responsabilidad penal por el producto, podemos permitirnos realizar las siguientes recomendaciones. Es esencial que en el espacio académico, se empiece a considerar que el Derecho Penal es una rama de la Ciencia del Derecho que implica algo más que lo fijado en un simple Código, este paradigma que se tiene en nuestra academia de enseñar simplemente la ley debe ser roto, no solo porque es un limitante para el estudiante, sino porque crea operadores de justicia que le tienen miedo a las instituciones, a su estudio y desarrollo.

Es por eso que debería fomentarse espacios en donde se discutan estos temas, temas que no solo interesan aquellos que estudiamos o vivimos el Derecho, sino a todas las personas que nos desarrollamos en la vida social, es por eso que recomendamos animar estudios e investigaciones que tenga como centro o línea de investigación, temas nuevos de relevancia práctica, fijando ejes claros sobre el análisis de las instituciones y sus connotaciones prácticas, esto se puede llevar cabo por medio de talleres, seminarios, mesas de debate, conversatorios, congresos, simposios, en los cuales los profesionales del Derecho, planten argumentos y criterios que permitan discutir y dilucidar soluciones para la problemática.

Como recomendación final creo que no solo es una labor de parte de la academia el desarrollo de la Ciencia Penal en nuestro país, sino que se debería exhortar a los administradores de justicia, para que sean ellos los artífices del cambio, ellos son los que debería propiciar el desarrollo de las instituciones jurídicas, que no necesitan tipificación este error que comúnmente se ha cometido en la práctica debe desaparecer, no se puede seguir creyendo que se tiene un mejor sistema penal por el número de delitos que contenga la legislación penal de un país, porque esto es lo que lleva a deconstrucción del mismo, no tengamos miedo a crear.

Bibliografía

- Abraldes, S. (2010). *DELITO IMPRUDENTES Y PRINCIPIO DE CONFIANZA*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Bidasolo, C. (1989). *Criterios de Imputacion del resultado*. Barcelona: PUP.
- COIP. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Contreras, C. L. (2018). *Productos defectuosos y derecho penal: el principio de confianza en la responsabilidad penal del producto*. Santiago de Chile: RIL editores.
- Corral Talciani, H. (2003). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago: Jurídica.
- CURY URZÚA, E. (1992). *Derecho Penal Parte General* (2 ed.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Cury Urzua, E. (1992). *Derecho Penal. Parte General* (2 ed.). Santiago de Chile: Juridica de Chile.
- De la Cuesta Aguado, P. M. (2005). Sociedad del riesgo y Derecho Penal. En R. A. MIGUEL, *NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA* (págs. 159-180). Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- DIEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal Parte General Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. A. (2008). *DERECHO PENAL, PARTE GENERAL* (Vol. II). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Feijoo Sánchez, B. (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho Penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. (UNED, Ed.) *Revista de Derecho Penal y Criminología*(extraordinario 1).
- Fernandez, G. (1998). *Bien jurídico y sistema del delito, en Teorías actuales en el Derecho Penal 75 aniversario del Código Penal*. Buenos Aires.: Ad-Hoc.
- García Cavero, P. (2007). *Derecho penal económico. Parte general. Tomo I*. Lima: Grijley.

- Gómez Gómez, J. A. (2005). *La Estructura de la Conducta de la Imputación Objetiva*. (Segunda ed.). Bucaramanga: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Hassemer, W., & Muñoz Conde, F. (1995). *La responsabilidad por el producto en el Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Barcelona: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1998). *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Kaufmann. (1973). *Tipicidad y causacion en el procedimiento Contergan, en Nuevo Pensamiento Penal*. Buenos Aires: Astrea.
- LUHMANN, N. (1996). *Confianza*. (A. Flores, Trad.) Barcelona: Anthropos.
- Maraver Gómez, M. (2009). *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Mazeud, H. y. (1957). *Tratado Teórico y Practico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contratual*. Buenos Aires: Jurídica Europa-América.
- MIR PUIG, S. (1982). *LA MISION DEL DERECHO PENAL*. Bogota: Temis.
- MIR, C. (1998). *Curso de Derecho Penal español* (Vol. I). Madrid: Tecnos.
- NAUCKE, W. (2006). *Derecho Penal. Una introducion*, (10 ed.). (L. G. Brond, Trad.) Buenos Aires: Astrea.
- Paredes Castañón, J. M. (2019). Responsabilidad penal por productos defectuosos. En A. Camacho, *TRATADO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO* (págs. 601,632). Valencia: tirant lo blanch.
- Pelaez Mejía. (2016). Configuración del “Principio de Confianza” Como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Prolegómenos*, 15-36. Obtenido de <https://doi.org/10.18359/prole.1677>

- Puppe, I. (2001). *La Imputación Objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales.* (P. G. Caverro, Trad.) Granada: Comares.
- Puppe, I. (2001). *La imputacion objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales.*,. (P. G. Clavero, Trad.) Granada: Estudios de Derecho Penal.
- Ragués Vallez, R. (2002). ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA. (E. A. Donna, Ed.) *REVISTA DE DERECHO PENAL*.
- Reyes Alvarado, Y. (1996). *Imputacion Objetiva.* Bogota: Temis.
- Rodríguez Montañes, T., & Castañón. (1995). *EL CASO DE COLZA: RESPONSABILIDAD PENAL POR PRODUCTOS ADULTERADOS O DEFECTUOSOS.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRIGUEZ VARELA, A. (1982). *Historia de las ideas políticas.* Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Roxin, C. (2013). *LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL.* LIMA: EDITORA Y LIBRERIA JURIDICA GRIJLEY E.I.R.L. Recuperado el 20 de 8 de 2019
- Roxin, C. (2013). *LA TEORIA DEL DELITO EN LA DISCUSIÓN ACTUAL.* (M. ABANTO VAZQUEZ, Trad.) Lima: Editora y Libreria Juridica Grijley I.R.L.
- Salinas Ugarte, G. (2011). *RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL* (Vol. I). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.
- Samper Polo, F. (2009). *DERECHO ROMANO* (Tercera ed.). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Tara, M. (2003). *La Protección de los Derechos Economicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General.* Bueno Aires: Roque de Palma Editor.

Winfried Hassemer, F. M. (1995). *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Tirant lo Blanch.

Zaffaroni, E. (1996). *TRATADO DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL*. BUENOS AIRES: EDIAR.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Skolat, A. (1981). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Bacigalupo, E., & Zapater, E. B. (2004). *Derecho penal: parte general*. Retrieved from <https://books.google.com.ec/books?id=bAtkuAAACAAJ>

Donna, E. A., & Barbero, N. (2006). *Derecho Penal: Parte General*. Retrieved from <https://books.google.com.ec/books?id=BHbBQAAACAAJ>

Gómez, J. A. G. (2003). *La estructura de la conducta y la imputación objetiva*. Retrieved from <https://books.google.com.ec/books?id=ZqleAAAACAAJ>

Jakobs, G., & Meliá, M. C. (1996). *La imputación objetiva en derecho penal*. Retrieved from <https://books.google.com.ec/books?id=nKkbSgAACAAJ>

Kuhlen, L. (2002). *Necesidad y limites de la responsabilidad penal por el producto*.

Luzón Peña, D.-M. (2011). Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Revista General de Derecho Penal*, 6(15), 21 p.

MARIO MARAVER GÓMEZ. (2007). *EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN DERECHO PENAL UN ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA* (UNIVERERSIDA.D AUTONOMA DE MADRID). Retrieved from

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4398/29644_maraver_gomez_mario.pdf?sequence=1

Medina, J. (2010). La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del derecho penal. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, (14), 55–76.

Mir, J. C. (1998). *Curso de derecho penal español: Parte general*. Retrieved from <https://books.google.com.ec/books?id=aw6VMwEACAAJ>

Righi, E. (2008). *Derecho penal: parte general*. Retrieved from <https://books.google.com.ec/books?id=-aAGaAEACAAJ>

SCHÜNEMANN, B. (1982). Cuestiones basicas de dogmatica juridico-penal y de politica criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1), 529–558.