

Erika Isler Soto¹

PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y ALIMENTOS NOCIVOS: REFLEXIONES A PARTIR DEL COVID-19, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO*

Defective products and harmful foods: reflections based on covid-19, with special reference to the Chilean legal system

¹Universidad de Talca. Talca, Chile.

Correspondência: *E-mail*: eisler@utalca.cl

Recebido em: 22/05/2020. Revisado: 09/04/2021. Aprobado: 13/04/2021.

*Este trabajo forma parte del proyecto financiado por CONICYT, FONDECYT de Iniciación N° 11190230: "Los medios de tutela del consumidor ante el producto defectuoso, en la Ley 19.496" del que la autora es investigadora responsable.

RESUMEN

El presente trabajo tuvo por objeto analizar las consecuencias jurídicas derivadas de un alimento nocivo, con una particular referencia a la situación que se presenta al fabricarlo y distribuirlo en medio de la pandemia y en el ordenamiento jurídico chileno. Para lograrlo, el texto está dividido en cuatro partes: vinculación entre seguridad en el consumo y seguridad alimentaria; aproximación al concepto de alimento; aproximación al alimento nocivo; responsabilidad surgida de la fabricación y distribución de alimentos nocivos en medio de la pandemia. A partir de la investigación, se arribó a la conclusión de que un mismo ilícito puede agravarse si se verifica en el contexto de la emergencia sanitaria.

Palabras Clave

Alimentos Nocivos; Consumidor; Covid-19; Seguridad Alimentaria.

ABSTRACT

The purpose of this paper was to analyze the legal consequences derived from a harmful food, with a particular reference to the situation that arises when manufacturing and distributing it in the midst of the pandemic and in the Chilean legal system. To achieve this, the text is divided into four parts: link between consumer safety and food safety; approach to the concept of food; approach to harmful food; responsibility arising from the manufacture and distribution of harmful food in the midst of the pandemic. Based on the research, it was concluded that the same offence can be aggravated if it occurs in the context of a sanitary emergency.

Keywords

Harmful Food; Consumer; Covid-19; Food Safety.

Introducción

Dentro de los productos que se comercializan en el mercado, los alimentos se sitúan –o debieran situarse- en un lugar especial en la preocupación del legislador, desde que su ingesta puede beneficiar o perjudicar al consumidor. Tal es la razón por la cual su aptitud se encuentra directamente relacionada con la seguridad, y con ello, a la integridad personal del alimentario. Esta característica ha sido puesta en relieve a partir de la emergencia sanitaria surgida a propósito del Covid-19, en el sentido de que su carácter de elemento esencial, motivó precisamente a las diversas autoridades a distanciar su tratamiento jurídico del resto de las otras prestaciones de consumo, por ejemplo, permitiendo su comercialización y distribución aún en medio de un aislamiento físico imperativo.

Con todo, en atención al estrecho vínculo que existe entre la seguridad alimentaria y la salud y seguridad de los consumidores, es que incluso en tiempos de normalidad, los ordenamientos han establecido exigencias mayores para su fabricación, importación y comercialización que aquellas que se contemplan para productos que no pueden ser calificados como tal. Ahora bien, si antes de ocurrir la pandemia ya se establecían imperativos especiales - inicialmente preventivos y secundariamente reparatorios- lo cierto es que desde su advertencia, el régimen jurídico ha debido de ser resignificado.

El presente trabajo, por lo tanto, tiene por objeto examinar el estatuto aplicable al alimento nocivo a la luz de las expectativas que deben ser satisfechas luego de la entrada en circulación del Sars-Cov-2. Para tal efecto se divide en cuatro partes. La primera de ellas se refiere a la vinculación que existe entre la seguridad en el consumo y la seguridad alimentaria. La segunda contiene una aproximación al alimento y a sus características que permiten justificar un tratamiento diferenciado. En la tercera en tanto, se aborda el concepto de alimento nocivo. Finalmente se analizan los efectos jurídicos que pueden surgir en este último caso, tanto en términos generales, como actualizados a la realidad post-Covid 19.

I. Seguridad en el consumo y seguridad alimentaria

Desde el punto de vista de la protección al consumidor, el Derecho de Consumo abarca tanto el ámbito patrimonial como extrapatrimonial. Desde luego la segunda dimensión presenta una mayor relevancia, en atención a que involucra la tutela de la propia integridad del consumidor y, por lo tanto, de bienes jurídicos no disponibles. A consecuencia de lo anterior, una normativa adecuada, debería contemplar mejores mecanismos de tutela destinados a su resguardo.

En este contexto, el artículo 3, letra d), de la Ley 19.496¹ sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC) consagra el derecho básico a “[la]

¹CHILE. *Ley 19.496, de 7 de marzo de 1997*. Que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=61438>. Acceso en: 25 febrero 2022.

seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente”. Al otorgarle el legislador el carácter de básico, además instituye como sus titulares, no sólo a aquel individuo que ha celebrado un contrato con el proveedor de quien se reclama la responsabilidad, sino también a aquel que se vincula con el profesional de manera extracontractual^{2,3}.

Desde luego en dicha garantía confluye también la seguridad alimentaria, en el sentido de que esta última constituye una parcela especial de la primera, que se ocupa de la integridad del consumidor desde los alimentos o bebestibles que pueda disfrutar o bien que le sean ofrecidos.

Así, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) reconoció en 1996 “el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre”⁴. En un sentido similar, Franch Sagner ha señalado que el acceso a los alimentos seguros y nutritivos constituye una necesidad fundamental y una garantía básica de toda persona⁵. Así también explica Castro Fernández: “la seguridad colectiva, la seguridad que como seres humanos demandamos, no podrá ser una realidad efectiva sin lograr la seguridad alimentaria”⁶.

Con todo, señala la FAO en el mismo instrumento que la seguridad alimentaria existe cuando “todas las personas, en todo momento, tienen acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana”⁷.

²HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. Consumidor y comerciante. In: DÍAZ ALABART, Silvia (Coord.) *Manual de derecho de consumo*. Madrid: Reus, 2016. p. 29; ISLER SOTO, E. *El producto defectuoso en la Ley 19.496*. Santiago: Librotecnia, 2013. p. 40.

³JARA AMIGO, Rony. Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones. In: CORRAL TALCIANI, Hernán (Ed.). *Derecho del consumo y protección al consumidor: estudios sobre la Ley n° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*. Santiago: Universidad de los Andes, 1999. p. 62. (Cuadernos de Extensión).

⁴ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA – FAO. Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial. Disponible en: <https://www.fao.org/3/W3613s/W3613s00.htm#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20de%20Roma%20sobre,%2C%20nacional%2C%20regional%20y%20mundial>. Acceso en: 25 febrero 2022.

⁵FRANCH SAGUER, Marta. La seguridad alimentaria: las agencias de seguridad alimentaria. *Revista de Administración Pública*, n. 159, p. 315, 2002. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/244672002159315.pdf>.

⁶CASTRO FERNÁNDEZ, Santos. Seguridad alimentaria y seguridad global. *Cuadernos de Estrategia*, n. 161, p. 10-23, 2013. p. 11.

⁷ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA – FAO. Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial. Disponible en: <https://www.fao.org/3/W3613s/W3613s00.htm#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20de%20Roma%20sobre,%2C%20nacional%2C%20regional%20y%20mundial>. Acceso en: 25 febrero 2022.

Como se puede apreciar, se arribará al resultado esperado por la Declaración, no sólo cuando un individuo tenga a su disposición los alimentos suficientes para ser nutrido, sino que también, en la medida de que sean inocuos.

En el contexto del Covid-19 ello presenta una especial relevancia, además de evidenciar la directa relación que existe entre las dos dimensiones enunciadas por la FAO: no sólo debe asegurarse a la población la mantención de la cadena de distribución, como también de que tengan acceso a estos bienes aquellos individuos que no puedan solventarlos por si mismos –la crisis social derivada de la sanitaria es indudable-, y que en todo caso, no se dañe la integridad del individuo por su consumo. Tal es la razón por la cual se han establecido deberes adicionales, tal como se verá.

II. Una aproximación al concepto de alimento en el ordenamiento jurídico chileno

Para determinar el régimen jurídico de los alimentos, corresponde en primer lugar revisar qué productos pueden enmarcarse dentro de dicho concepto.

De acuerdo al artículo 102, inciso 1, del Código Sanitario (CSan)⁸, se entiende por alimentos o productos alimenticios “cualquier sustancia o mezcla de sustancias destinadas al consumo humano, incluyendo las bebidas y todos los ingredientes y aditivos de dichas sustancias”. Una definición prácticamente idéntica la encontramos en el Reglamento sanitario de los alimentos (RSA): “Alimento o producto alimenticio es cualquier sustancia o mezclas de sustancias destinadas al consumo humano, incluyendo las bebidas y todos los ingredientes y aditivos de dichas sustancias” (Art. 2, 1)⁹. Con todo, sus más relevantes características son que se encuentre destinado al consumo (ingesta), en particular al humano, a lo cual se agrega su calificación de producto sanitario. A continuación se las revisará.

2.1. El producto se encuentra destinado al consumo humano

Una primera prevención que se debe realizar radica en que, de acuerdo a la definición legal, cualquier sustancia o mezcla de ellas puede ser considerada como alimento siempre que sea destinada al consumo humano, con independencia de su composición, aspecto y cualidades físicas.

Se debe considerar que la voz “consumo” incorporada en la norma, en esta ocasión está utilizada en un sentido restringido, esto es, ya no simplemente como

⁸CHILE. Congreso Nacional. *Código Sanitario, de 31 de enero de 1968*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5595>. Acceso en: 25 febrero 2022.

⁹CHILE. Ministerio de la Salud. *Decreto 977, de 13 mayo de 1997*. Aprueba reglamento sanitario de los alimentos. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=71271>. Acceso en: 25 febrero 2022.

parte integrante de una relación cualquiera entre un proveedor y un consumidor, sino que en una de sus acepciones restringidas, en particular cuando el bien sea comestible o bebestible.

Con todo, no exige la norma que tenga por objeto nutrir al ser humano, sino simplemente que su destino sea ser ingerido por éste. Así, quedarían cubiertos también ciertos productos que incluso pueden ser dañinos para la salud si se comen en exceso, como golosinas, comida rápida, integrados por grasas saturadas, etc. En Chile, la Ley 20.606 –en su momento conocida como “Ley del Súper 8”- sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad incorpora un principio de inocuidad alimentaria, además de obligar a la rotulación al menos de los productos “altos en calorías” y “altos en sal” (art. 5)¹⁰. Ello se explica porque, aunque no es posible introducir productos inseguros al mercado, el estándar de seguridad esperable o exigible dependerá del modelo social que se adopte (pensemos en el tabaco), determinado de acuerdo a un juicio de costos-beneficios, análisis de naturaleza de bienes jurídicos que pudieran verse comprometidos, parámetros obligatorios y voluntarios de calidad y seguridad, etc.

Cumplirían también el fin indicado en la norma, los suplementos alimenticios, y que pueden corresponder a la denominación “alimentos especiales” (art. 102, 2, CSan), concebidos por el legislador como aquellos:

productos o preparados destinados al consumo humano con fines particulares de nutrición, utilizados en el tratamiento de determinadas patologías o condiciones de salud, que requieran de modalidades de administración no parenteral, tales como la vía oral u otras, y de supervigilancia especial por personal del área de la salud.

Se trata de una prestación que en ocasiones comparte características de los productos farmacéuticos y los alimenticios, y cuya calificación como unos u otros en Chile no presenta importancia en principio respecto de la responsabilidad civil, en atención a que ambos pueden ser calificados de sanitarios (art. 111 H, CSan) y por lo tanto, se encuentran sometidos al mismo régimen jurídico (arts. 111H y 111N CSan).

No obstante, a propósito de los ilícitos penales, podría incidir en la calificación de la conducta, de acuerdo con el Código Penal, artículo 313d:

El que fabricare o a sabiendas expidiere a cualquier título sustancias medicinales deterioradas o adulteradas en su especie, cantidad, calidad o proporciones, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo de sus

¹⁰CHILE. Congreso Nacional. *Ley 20.606, de 6 de julio de 2012*. Sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041570>. Acceso en: 25 febrero 2022.

propiedades curativas, será penado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales¹¹.

En Chile se discutió la calificación de un suplemento alimenticio –medicamento o alimento– en el mediáticamente conocido caso “ADN” que dio lugar a tres procedimientos distintos (penal, administrativo sanitario, consumidor), todos los cuales devinieron en condenas. Tuvo origen en la fabricación y distribución del producto “ADN”, cuya composición tenía menos potasio del que se indicaba en su rotulación. Ello implicó que varios consumidores –en su mayoría menores de edad vulnerables– fallecieran y otros sufrieran daños irreparables a su integridad¹². Más recientemente se sancionó, en virtud de un sumario sanitario, la elaboración y entrega de una fórmula parental contaminada, a causa de lo cual fallecieron dos recién nacidos¹³.

2.2. El consumo debe ser humano

En segundo término, el criterio que utiliza el legislador para distinguir entre un alimento y otros bienes que se han introducido al mercado, se basa en si son o no destinados a la ingesta humana, esto es, individuos de la especie humana en palabras de nuestro Código Civil¹⁴ (arts. 25 y 55 CC).

Se excluyen por lo tanto los fabricados para el consumo animal. Si bien esto último es conteste con la tradicional distinción entre personas y cosas que inspiró el modelo moderno¹⁵, debemos estar atentos al desarrollo del recientemente surgido “Derecho Animal”, conforme al cual, en el futuro, podrían adquirir la calidad de seres sintientes o personas no humanas.

Con todo, ello no implica que a propósito de la fabricación, distribución y comercialización de productos destinados a los animales no pueda configurarse una infracción a la LPDC –como de hecho ha ocurrido–, sino que simplemente, respecto de ellos no se aplicará la normativa complementaria señalada, sino una diversa¹⁶.

¹¹ CHILE. *Código Penal*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984&idParte=9672715&idVersion=2014-10-10>. Acceso en: 20 enero 2022.

¹² ISLER SOTO, E. *Jurisprudencia de derecho de consumo comentada*. Santiago: Rubicón, 2019. p. 183-200.

¹³ Instituto de Salud Pública (2018), Sumario Sanitario, Resolución Exenta N° 4735 de 21 de agosto de 2018.

¹⁴ CHILE. *Código Civil*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. Acceso en: 20 enero 2022.

¹⁵ Explican que los animales son cosas: CORRAL TALCIANI, Hernán. *Curso de derecho civil: parte general*. Santiago: Thomson Reuters, 2018. p. 263-265

¹⁶ CHILE. Ministerio de Agricultura. Decreto 4, de 04 de julio de 2017. Aprueba Reglamento de Alimentos para Animales y deroga decretos que indica. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1104854>. Acceso en: 21 enero 2022.

2.3. Se trata de un producto sanitario

En tercer término, el propio legislador otorga al producto alimenticio el carácter de sanitario (art. 111 H CSan). Esta calificación evidencia una vez más la vinculación directa que existe entre este tipo de bienes y la integridad de quienes lo consumen, y que va a determinar que su eventual inaptitud incida también en su inseguridad. Tal es la razón además por la cual, incluso en condiciones de normalidad, se le concede un estatuto particular en el cual los deberes del proveedor se incrementan, lo mismo que la diligencia con la cual deben ser satisfechos.

Por otra parte, en situaciones de emergencia como la que vivimos a partir del Covid-19, también se establecen a su respecto reglas excepcionales, entre otras, mantener abiertos los locales en que se distribuyen aun en medio de cuarentenas obligatorias. Como se verá también los ilícitos que se vinculan con ellos y que son cometidos en un contexto de pandemia, pueden recibir una sanción jurídicamente más grave.

Con todo, desde la responsabilidad civil, la adscripción de los alimentos a la categoría de producto sanitario, implica que den lugar al estatuto indemnizatorio especial contemplado en el Título VI del Libro IV del Código Sanitario (arts. 111 H- 111 N).

3. Productos defectuosos y alimentos nocivos

La determinación de la responsabilidad que surge a propósito de la inocuidad alimentaria, principia naturalmente con el examen de su ámbito de aplicación, y con ello, con la propia conceptualización del alimento inseguro.

3.1. Un producto inapto e inseguro

Los ordenamientos jurídicos suelen distinguir entre las anomalías de conformidad (inaptitud) y las de seguridad, según el interés que puede verse afectado con su presencia. Las primeras implicarán que el bien no sirva para cumplir con las legítimas expectativas que un individuo se formó acerca de su funcionalidad. Tal sería el caso de un teléfono móvil que no recibe llamadas. Las segundas en tanto, comprometerán bienes jurídicos que gozan de una jerarquía mayor y que conforman la integridad personal y patrimonial del consumidor. Ello se produciría, por ejemplo, si el mismo teléfono enunciado, se recalienta y explota al utilizarse. En este contexto, el producto inseguro corresponde a aquel que “no ofrece la seguridad que puede legítimamente esperarse de él”¹⁷.

¹⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. In: CORRAL TALCIANI, Hernán (Ed.). *Derecho del consumo y protección al consumidor: estudios sobre la Ley n° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*. Santiago: Universidad de los Andes, 1999. p. 167. (Cuadernos de Extensión).

Desde luego los mecanismos de tutela tanto preventivos como reparatorios serán diversos en uno y otro caso, puesto que la calidad puede ser renunciada (art. 14 LPDC, art. 12 CC) pero no la seguridad, la cual recordemos además, ha sido incorporada en el catálogo de derechos básicos (art. 3 letra d LPDC). En un sentido similar, la legislación brasileña, ha calificado como impropios para el uso y consumo, aquellos productos cuyos plazos de eficacia estén vencidos; se encuentren deteriorados, alterados, adulterados, averiados, falsificados, corrompidos, nocivos a la salud, peligrosos, disconformes con las normas de fabricación, distribución o presentación, y los que en definitiva –por cualquier motivo– sean impropios para el fin al cual se destinan (art. 18.6, Código de Defesa do Consumidor, Brasil¹⁸).

En concordancia con lo anterior, el Código Sanitario chileno prohíbe la fabricación, importación, tenencia, distribución y transferencia, a cualquier título, de productos alimenticios contaminados, adulterados, falsificados o alterados (art. 104, 2, CSan).

Así también, explica Pérez Álvarez:

lo que hay que conseguir, en el terreno de la alimentación, es que aquello que sea nocivo esté siempre prohibido, y que la prohibición venga determinada por los parámetros de la nocividad y no de otra índole. Estamos ante un presupuesto impropio de la nocividad si ciframos ésta en el perjuicio a la salud. Porque los límites permitidos para las diferentes clases de alimentos no garantizan siempre la inocuidad de los mismos. Esto ocurre, sin ir más lejos, con el tabaco¹⁹.

Ahora bien, ambas categorías pueden confluir en un solo bien o prestación, si su funcionalidad va encaminada a resguardar la integridad de quien lo utiliza o disfruta. Esta situación se presenta precisamente en el caso de un alimento, en el sentido de que su inaptitud para nutrir, en un mayor o menor plazo, afectará la salud de quien lo ingiere. Ello quedó en evidencia, por ejemplo, en la sentencia “Sernac con Braun Medical” (2010)²⁰, por la cual se condenó a un laboratorio luego de fabricar y distribuir un suplemento alimenticio, cuya bajísima cantidad de potasio conllevó la muerte de varios consumidores, en tanto que otros sufrieron daños irreparables.

¹⁸BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acceso en: 21 enero 2022.

¹⁹PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*. Barcelona: Editorial Praxis, 1991. p. 110.

²⁰Sernac con Braun Medical S.A. (2010): JPL San Bernardo, Rol 3422-4-2008, 18 de enero de 2010, confirmada por la C. Ap. San Miguel, Ing. 187-2010, 17 de mayo de 2010.

3.2. La situación particular de los alimentos

A propósito de la materia en análisis, la inseguridad se ha vinculado con el concepto de nocividad. Si bien la normativa sobre alimentos no define tal cualidad, la reglamentación sobre pesticidas nos otorga el siguiente concepto: “propiedad fisiológica o biológica que determina la capacidad de una sustancia química para causar perjuicio o producir daños a un organismo vivo por medios no mecánicos” (art. 2, Decreto 157/MinSal²¹).

Aplicada dicha categoría a la seguridad alimentaria, y en atención a la prohibición de introducir productos inseguros al mercado ya aludida, es posible comprender que se refiere a bienes que no son aptos para el consumo humano. Así, se ha explicado que “adjetivar de nocivo a un alimento equivale a decidir que el estado del alimento repercute desfavorablemente en el organismo, por lo que hablamos de peligrosidad para la salud”²².

Ahora bien, también se ha distinguido entre la nocividad absoluta y la relativa, según el número de ingestas que se requieren para que el producto sea nocivo. La primera corresponde a aquella que “se deriva de la sola ingestión que produce efectos para todos”²³. La segunda en tanto proviene “de la ingestión sucesiva del alimento nocivo, o bien la que de la sola ingestión perjudica la salud de un colectivo específico”²⁴.

En Chile, como se dijo, no se define al alimento nocivo, aunque sí se ha conceptualizado reglamentariamente (RSA) el adulterado, falsificado y contaminado.

Al primero se lo entiende como “aquel que ha experimentado por intervención del hombre, cambios que le modifican sus características o cualidades propias sin que se declaren expresamente en el rótulo” (art. 99 RSA). El falsificado en tanto, corresponde a

aquel que: a) se designe, rotule o expendan con nombre o calificativo que no corresponda a su origen, identidad, valor nutritivo o estimulante; y b) cuyo envase, rótulo o anuncio, contenga cualquier diseño o declaración ambigua, falsa o que pueda inducir a error, respecto a los ingredientes que componen el alimento” (art. 100 RSA).

Como se puede apreciar, estas dos primeras categorías se vinculan directamente con los denominados “defectos de información”, esto es, en los cuales

²¹CHILE. Ministerio de Salud. *Decreto 157 de 30 de junio de 2007*. Reglamento de pesticidas de uso sanitario y doméstico. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=262263>. Acceso en: 21 enero 2022.

²²PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *op. cit.*, p. 121.

²³*Id. Ibid.*, p. 118.

²⁴*Id. loc. cit.*

“el riesgo no nace del mismo producto sino de una ausencia de la información que debía proporcionar el fabricante para su recto uso”²⁵.

Finalmente se define al contaminado como

aquel que contenga: a) microorganismos, virus y/o parásitos, sustancias extrañas o deletéreas de origen mineral, orgánico o biológico, sustancias radioactivas y/o sustancias tóxicas en cantidades superiores a las permitidas por las normas vigentes, o que se presuman nocivas para la salud; b) cualquier tipo de suciedad, restos o excrementos; c) aditivos no autorizados por las normas vigentes o en cantidades superiores a las permitidas (art. 101 RSA).

4. Estatuto jurídico y pandemia

Corresponde a continuación revisar el estatuto jurídico aplicable a los productos defectuosos, cuando ellos puedan además ser calificados de alimenticios. El principio general del cual ha de principiar el análisis es el de la inocuidad en los términos señalados, de tal manera que la regulación alimentaria debe tender a reducir y prevenir posibles atentados a la seguridad del consumidor. Lo anterior implicará que han de tomarse en consideración, la determinación, gestión y comunicación del riesgo²⁶.

El examen en todo caso se realizará, como se previno, con una especial referencia a los derechos y deberes en el contexto del Sars Cov-2, que ha producido además el efecto de evidenciar vulnerabilidades que anteriormente parecían ocultas, y de hacer nacer otras nuevas. Ello se ve acrecentado por la percepción de que la pandemia apareció en una sociedad que no se encontraba preparada jurídicamente para afrontarla²⁷.

²⁵CORRAL TALCIANI, Hernán. Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos, *cit.*, p. 168.

²⁶FRANCH SAGUER, Marta. *op. cit.*, p. 321.

²⁷Fernando Aith (Emergências em saúde pública em Estados Democráticos. *Revista de Direito Sanitário*, v. 20, n. 2, p. 1, 2019. Disponible en: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/169636/160603>. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v20i2p01-04>). Se debe compatibilizar derecho de propiedad y propiedad intelectual, en el desarrollo de productos DALLARI, Sueli Gandolfi. Saúde não é mercadoria. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 8, 2018-2019. Disponible en: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/158489/153580>. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i3p7-15>, por ejemplo médicos. Ello tendrá incidencia cuando se descubra la vacuna que pueda hacer frente al Covid-19. Acerca de las políticas de salud pública y la teoría de la justicia: MICHEL, Voltaire de Freitas; Deltos, Marc Antoni. Teorías da justiça e saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 34-53, 2018-2019. Disponible en: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/158494/153587>. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i3p34-53>.

4.1. Hipótesis sancionatorias

Atendiendo al carácter de orden público que reviste la seguridad alimentaria es que su vulneración ha sido abordada desde el Derecho Sancionatorio.

En ese sentido, el Derecho de Consumo chileno ha recogido dicha apreciación, castigando conductas que pueden abarcar los alimentos nocivos, alterados, falsificados y adulterados, en los términos referidos.

La primera norma que puede ser invocada, es el ya mencionado artículo 3 letra d) de la LPDC, que consagra el derecho a la seguridad en el consumo y por lo tanto, también alimentaria. No obstante, se discute acerca de si los derechos básicos consagrados en el artículo 3 de la LPDC pueden dar origen a derechos subjetivos o bien si tienen un carácter meramente programático, por el cual se requeriría la invocación de otra norma de naturaleza operativa²⁸. Precisamente con fundamento en dicha disposición se condenó la expedición de un alimento cuya fecha de vencimiento había expirado²⁹.

En segundo término, podrían concurrir los ilícitos que se vinculan con la información y la publicidad. Así, se sanciona a quien, sabiendo o debiendo saberlo, a través de un mensaje publicitario, induzca a error o engaño (art. 28 LPDC) acerca de los componentes del producto y el porcentaje en que concurren (letra a); la idoneidad de la prestación para los fines que han sido atribuidos por el anunciante, así como de sus características relevantes (letras b y c); las condiciones en que opera la garantía (letra e) o por las cuales no produce daño al medio ambiente y a la calidad de vida (letra f).

²⁸ACEDO PENCO, Ángel. Los derechos básicos de los consumidores reconocidos en el Art. 51 de la Constitución y su ulterior desarrollo mediante el estatuto de los consumidores de Extremadura. *Anuario de la Facultad de Derecho*, v. 21, p. 339-354, 2003. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/854164.pdf>; ÁLVAREZ MORENO, María Teresa. *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general: normas imperativas y pactos al respecto*. Madrid: Reus, 2015. p. 41; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Art. 3 letra b). In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; PIZARRO, Carlos Wilson (Eds.): *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 101; C CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. Artículo 3° E) LPDC. In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; PIZARRO, Carlos Wilson (Eds.): *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 119; CORRAL TALCIANI, Hernán. Artículo 3 letra d). In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; PIZARRO, Carlos Wilson (Eds.): *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 109; ESPADA MALLORQUÍN, Susana. Artículo 3 letra f). In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; PIZARRO, Carlos Wilson (Eds.): *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 136; FAÚNDEZ VERGARA, José. El derecho a una información veraz y oportuna e la protección de los consumidores. In: CARRASCO BLANC, Humberto (Ed.): *Estudios de derecho del consumidor*. Santiago: Rubicón, 2018. p. 83; ISLER SOTO, E. *Derecho de Consumo: nociones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 244-247; REICH, Norbert. Mercado, derecho y protección del consumidor. El consumidor como ciudadano. *Derecho del Consumidor*, n. 10, p. 16, 1999; STIGLITZ, G. *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*. Rosario: Juris, 1997. p. 12.

²⁹"Sernac con Supermercado Unimarc S.A." (2008): 1 JPL Las Condes, Rol 69.676-3-07, 15 de abril de 2008, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 11.295-08, 14 de enero de 2009.

Por otra parte, se exige que la información consignada en productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios sea susceptible de ser comprobada, además de prohibirse la utilización de expresiones que induzcan a error o engaño (art. 33, 1, LPDC).

El Art. 29 en tanto, que sirvió de fundamento para la sentencia “Sernac con Braun Medical” (2010)³⁰ reseñada, sanciona con una multa de hasta 300 UTM, a quien “estando obligado a rotular los bienes o servicios que produzca, expendo o preste, no lo hiciere, o faltare a la verdad en la rotulación, la ocultare o alterare”.

Asimismo, podría recurrirse al artículo 23, inciso 1, de la LPDC que tipifica como infracción, la venta de un bien o prestación de un servicio, que cause menoscabo al consumidor, “debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”. Lo propio puede señalarse respecto de los supuestos contemplados a propósito de la garantía legal (arts. 19 y siguientes LPDC).

Finalmente, los artículos 44 y siguientes, pueden resultar pertinentes, en la medida que la prestación consista en un producto peligroso o bien, que se advierta un riesgo no conocido al tiempo de la entrada en circulación del alimento.

4.2. La responsabilidad sancionatoria frente al Covid-19

Expuestos ya los posibles ilícitos susceptibles de concurrir frente al atentado en contra de la seguridad alimentaria, cabe preguntarse si sus efectos jurídicos pueden alterarse en tiempo de pandemia.

Para responder dicha interrogante, se debe tener presente que las infracciones a la LPDC por regla general darán lugar a una multa de hasta 300 UTM, salvo que el legislador les haya designado una sanción particular. No obstante, se discute si garantía legal puede dar origen a una sanción contravencional, o bien si únicamente da lugar a una acción civil³¹. Además, en el caso de las denuncias por publicidad falsa, se contempla la facultad del tribunal de disponer la suspensión de su emisión y de ordenar la difusión de un mensaje correctivo (art. 31 LPDC).

³⁰ “Sernac con Braun Medical S.A.” (2010): JPL San Bernardo, Rol 3422-4-2008, 18 de enero de 2010, confirmada por la C. Ap. San Miguel, Ing. 187-2010, 17 de mayo de 2010.

³¹ AIMONE GIBSON, E. *Protección de derechos del consumidor*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 94; BARRIENTOS CAMUS, Francisca; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. Artículo 23 inc. 1 LPDC. In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; PIZARRO, Carlos Wilson (Eds.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 567; FERNÁNDEZ FREDES, F. *Manual de Derecho chileno de protección al consumidor*. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2003. p. 42-43; GUERRERO BECAR, José Luis. La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual. In: GUZMÁN BRITO, Alejandro (Ed.). *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008. p. 448-449; ISLER SOTO, E. *Prescripción extintiva en el derecho del consumo*. Santiago: Rubicón, 2017. p. 153-158; RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos. *Curso de derecho económico*. Santiago: Librotecnia, 2010. p. 328-331.

No obstante, si bien la fabricación, distribución y comercialización de alimentos nocivos siempre constituye una conducta grave, sus nefastas consecuencias pueden incrementarse cuando ello ocurra en un contexto de emergencia sanitaria. Por tal razón, podrían aplicarse en este caso, las agravantes de haber causado o puesto en riesgo la seguridad o salud de los consumidores o de la comunidad (art. 24 LPDC). En efecto, en medio de una crisis como la que atravesamos, la mantención de un nivel mínimo de seguridad alimentaria, incidirá directamente en una eventual mejoría de un individuo enfermo, además de situar a sujetos sanos en una mejor posición orgánica para enfrentarla. Si a ello le agregamos la fuerte potencialidad de contagio que reviste el Covid-19, se tiene que el decaimiento de cualquiera de los integrantes de la comunidad, puede dar origen a un problema de salud pública.

Asimismo, cuando una vez decretado un estado de excepción constitucional - en el que efectivamente nos encontramos-, la normativa nacional eleva el reproche a un estadio penal. En efecto, en tal caso, se sanciona con pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio a aquel individuo que niegue la venta de alimentos o bien los comercialice cuando sean nocivos, adulterados o con engaño en su calidad, peso o medida (art. 5 Decreto 104³² que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Título 1 de la Ley 16.282). Por otra parte, la misma normativa permite la formación de un concurso real de ilícitos entre dicha sanción y otras consagradas en otras leyes, como podría ser, la LPDC (art. 5 Decreto 104).

Finalmente, el artículo 318 del Código Penal sanciona con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte UTM a quien ponga en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio.

Conclusiones

De las reflexiones anteriores, es posible concluir que, conforme al ordenamiento jurídico chileno, puede ser considerado alimento, todo producto comestible o bebestible que sea destinado al consumo humano. Adicionalmente se lo califica de sanitario.

El alimento nocivo en tanto, será a la vez inapto e inseguro, y se presentará cuando no pueda ser destinado para el consumo humano, pudiendo revestir las formas de adulterado, alterado, falsificado o contaminado.

³²CHILE. Decreto 104, de 18 de marzo de 2020. Declara estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143580>. Acceso en: 21 enero 2022.

Por otra parte, en tiempos de pandemia, la responsabilidad del proveedor puede verse incrementada, sea mediante el agravamiento de la sanción contravenacional establecida en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, como a partir de la procedencia adicional de ilícitos penales.

Referencias

ACEDO PENCO, Ángel. Los derechos básicos de los consumidores reconocidos en el Art. 51 de la Constitución y su ulterior desarrollo mediante el estatuto de los consumidores de Extremadura. *Anuario de la Facultad de Derecho*, v. 21, p. 339-354, 2003. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/854164.pdf>.

AIMONE GIBSON, E. *Protección de derechos del consumidor*. Santiago: Thomson Reuters, 2013.

AITH, Fernando. Emergências em saúde pública em Estados Democráticos. *Revista de Direito Sanitário*, v. 20, n. 2, p. 1-4, 2019. Disponible en: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/169636/160603>. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v20i2p01-04>.

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa. *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general: normas imperativas y pactos al respecto*. Madrid: Reus, 2015.

BARRIENTOS CAMUS, Francisca; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. Artículo 23 inc. 1 LPDC. In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; PIZARRO, Carlos Wilson (Eds.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 556-582.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Art. 3 letra b). In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; PIZARRO, Carlos Wilson (Eds.): *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 94-103.

CASTRO FERNÁNDEZ, Santos. Seguridad alimentaria y seguridad global. *Cuadernos de Estrategia*, n. 161, p. 10-23, 2013.

CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. Artículo 3º E) LPDC. In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; PIZARRO, Carlos Wilson (Eds.): *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 117-132.

CORRAL TALCIANI, Hernán. Artículo 3 letra d). In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; PIZARRO, Carlos Wilson (Eds.): *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 109-116.

CORRAL TALCIANI, Hernán. *Curso de derecho civil: parte general*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.

CORRAL TALCIANI, Hernán. Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. In: CORRAL TALCIANI, Hernán (Ed.). *Derecho del consumo y protección al consumidor: estudios sobre la Ley n° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*. Santiago: Universidad de los Andes, 1999. p. 163-211. (Cuadernos de Extensión).

DALLARI, Sueli Gandolfi. Saúde não é mercadoria. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 7-15, 2018-2019. Disponible en: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/158489/153580>. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i3p7-15>.

ESPADA MALLORQUÍN, Susana. Artículo 3 letra f). In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; PIZARRO, Carlos Wilson (Eds.): *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 133-139.

FAÚNDEZ VERGARA, José. El derecho a una información veraz y oportuna e la protección de los consumidores. In: CARRASCO BLANC, Humberto (Ed.): *Estudios de derecho del consumidor*. Santiago: Rubicón, 2018. p. 75-85.

FERNÁNDEZ FREDES, F. *Manual de Derecho chileno de protección al consumidor*. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2003.

FRANCH SAGUER, Marta. La seguridad alimentaria: las agencias de seguridad alimentaria. *Revista de Administración Pública*, n. 159, p. 315-340, 2002. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/244672002159315.pdf>.

GUERRERO BECAR, José Luis. La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual. In: GUZMÁN BRITO, Alejandro (Ed.). *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008. p. 433-453.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. Consumidor y comerciante. In: DÍAZ ALABART, Silvia (Coord.) *Manual de derecho de consumo*. Madrid: Reus, 2016. p. 29-41.

ISLER SOTO, E. *Derecho de Consumo: nociones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

ISLER SOTO, E. *El producto defectuoso en la Ley 19.496*. Santiago: Librotecnia, 2013.

ISLER SOTO, E. *Jurisprudencia de derecho de consumo comentada*. Santiago: Rubicón, 2019b.

ISLER SOTO, E. *Prescripción extintiva en el derecho del consumo*. Santiago: Rubicón, 2017.

JARA AMIGO, Rony. Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones. In: CORRAL TALCIANI, Hernán (Ed.). *Derecho del consumo y protección al consumidor: estudios sobre la Ley n° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*. Santiago: Universidad de los Andes, 1999. p. 47-74. (Cuadernos de Extensión).

MICHEL, Voltaire de Freitas; Deltos, Marc Antoni. Teorías da justiça e saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 34-53, 2018-2019. Disponible en: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/158494/153587>. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i3p34-53>.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*. Barcelona: Editorial Praxis, 1991.

REICH, Norbert. Mercado, derecho y protección del consumidor. El consumidor como ciudadano. *Derecho del Consumidor*, n. 10, p. 3-20, 1999.

RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos. *Curso de derecho económico*. Santiago: Librotecnia, 2010.

STIGLITZ, G. *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*. Rosario: Juris, 1997.

Erika Isler Soto - Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile; maestría en Derecho, mención Derecho Privado, por la Universidad de Chile; maestría en Ciencia Jurídica por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Talca. Abogada. Talca, Chile. *E-mail*: eisler@utalca.cl