



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAGÍSTER EN DERECHO PENAL

APLICACIÓN DEL MÉTODO ALEMÁN DE RESOLUCIÓN DE CASOS A UNA VARIACIÓN DEL CASO DEL ESPRAY PARA CUERO

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal

MASSIEL OLAVARRÍA URRA

Profesor guía: Dr. Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, Chile

2024

Para Luca, por las coordenadas

AGRADECIMIENTOS

En este breve espacio, extiendo mis más sinceros agradecimientos al profesor Dr. Lautaro Contreras Chaimovich por todo su apoyo, paciencia y orientación a lo largo de este trabajo. Sus conocimientos, observaciones y guía fueron fundamentales durante el desarrollo del tema.

También, extiendo mis agradecimientos a los profesores que han sido parte importante y contribuido en mi formación académica y profesional, especialmente al Dr. Andrea Perin, la Dra. Rocío Sánchez Pérez y el Dr. Juan Pablo Castillo Morales, a quienes guardo un especial cariño y admiración.

Por último, agradezco a mi familia, amigas y amigos que me acompañaron en este proceso.

ÍNDICE

RESUMEN	5
ABREVIATURAS	6
INTRODUCCIÓN	7
ESQUEMA DE SOLUCIÓN	11
DICTAMEN	14
1.- PRIMER COMPLEJO DE HECHOS: LA NO RETIRADA DEL PRODUCTO DEL MERCADO (PERÍODO CULPOSO)	14
I. La punibilidad de los gerentes A, B y C	14
2.- SEGUNDO COMPLEJO DE HECHOS (PERÍODO DOLOSO)	29
2.1 La decisión de continuar con la fabricación y distribución del producto	29
I. La punibilidad de los gerentes A, B y C	29
2.2 La decisión de no retirar el producto del mercado	39
I. La punibilidad de los gerentes A, B y C	39
3.- RESULTADO GENERAL: La punibilidad de los gerentes A, B y C	46
CONCLUSIONES	47
BIBLIOGRAFÍA CITADA	48
JURISPRUDENCIA CITADA	51

RESUMEN

El presente trabajo desarrolla un estudio de los principales problemas dogmáticos que surgen a propósito de la imputación de responsabilidad penal por productos defectuosos ante decisiones de órganos colegiados. Para este objetivo, se analiza a través de la metodología de resolución de casos alemán, una variación de un emblemático caso en la materia conforme a la normativa jurídico-penal chilena vigente. Este método propuesto se caracteriza, principalmente, por analizar de acuerdo con una estructura determinada, aquellos posibles tipos penales que resultarían aplicables, problematizando en aspectos de la parte general y especial del derecho penal, con la finalidad de identificar el resultado correcto para el caso en análisis.

ABREVIATURAS

Art., arts.	Artículo, artículos
BGH	Tribunal Supremo Federal alemán
BGHSt	Sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en materias penales
CP	Código Penal Chileno
Inc.	Inciso
Núm., n°	Número
TOP	Tribunal Oral en lo Penal

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal por el producto, esta es, aquella responsabilidad criminal por las afectaciones a la vida y salud de los consumidores derivada de la fabricación y puesta en el mercado de productos o bienes de consumo defectuosos¹, presenta distintos aspectos dogmáticos que pueden ser complejos de determinar, como lo es la atribución de responsabilidad penal ante decisiones de órganos colegiados de una determinada empresa.

La fabricación y posterior distribución en el mercado de determinados productos puede generar riesgos de desarrollo que –al momento de ser detectados por los respectivos fabricantes– supondría poner un alto en su producción y la retirada inmediata de estos para la evitación de resultados lesivos a la salud y vida de los consumidores.

En este contexto, la fabricación de productos defectuosos puede dar lugar a la realización de los delitos de homicidio y lesiones corporales en los cuales podría distinguirse entre conductas activas (por ejemplo, introducir en el mercado un producto defectuoso) o conductas omisivas (por ejemplo, no ejecutar una debida acción de retirada).² Lo anterior, a su vez, también supondrá dificultades, pues, por regla general, este tipo de conductas serán imputables a título de imprudencia y excepcionalmente a título de dolo.³

Este fenómeno de la responsabilidad penal por el producto en Chile fue analizado –o más bien se intentó analizar– por primera vez a través del conocido caso del “alimento enteral” o “ADN”⁴, el cual presentó un hito importante en esta materia. En el caso, se tuvo por probadas por parte del Tribunal Oral en lo Penal (TOP) de San Bernardo determinadas conductas omisivas por parte de la empresa fabricante de no retirar el producto del mercado y no alertar a sus consumidores, sin perjuicio que sancionó únicamente por un delito de acción.⁵

En virtud de lo anterior, el presente trabajo tiene por objetivo revisar las problemáticas principales acerca de la atribución de la responsabilidad penal por el producto ante decisiones de órganos colegiados. Para ello, se realizará un análisis a través del método de resolución de casos alemán⁶ de una variación de hechos del emblemático y conocido caso “*Lederspray*”,⁷ el cual hizo doctrina en esta materia en Alemania. En el razonamiento efectuado por

¹ CONTRERAS (2015), p. 267; CONTRERAS (2018), p.85.

² CONTRERAS, (2018), p. 89.

³ CONTRERAS, (2018), p. 90.

⁴ Véase en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo del 24.08.2012, RUC 0800102576-8, RIT 38-2011. También en CONTRERAS (2019a), pp. 365-382. En este caso, la empresa fabricaba un alimento dietético nutricional (ADN) que estaba destinado para consumo de forma complementaria a personas con enfermedades crónicas. Ocurrió que el jefe de control de calidad no adoptó las medidas correspondientes de resguardo al solicitar a una empresa brasileña un componente específico que formaba parte de la fórmula del producto consistente en cloruro de potasio al 1%, en circunstancias que la formulación correcta del producto requería de este mineral al 100%. La situación anterior provocó en los consumidores del alimento *hipokalemia*.

⁵ Sorpresivamente a criterio del TOP de San Bernardo el hecho fue sancionado como un delito de acción en virtud del inciso segundo del art. 315 del CP.

⁶ VERDE (2022), pp.77-89; véase también en HILGENDORF (2022), pp. 25-36.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, BGHSt 37, 106.

el Tribunal Supremo Federal alemán en el caso “*Lederspray*”, se sostuvo que aquellas lesiones provocadas por la introducción en el mercado de un producto defectuoso tendrían su origen en conductas activas y, por otra parte, las lesiones causadas por la no retirada de los productos del mercado se fundamentarían en comportamientos omisivos.⁸

El método escogido para desarrollar este tema, en términos generales, tiene como principal objetivo que quien lo aplica y –en consecuencia, el lector– aprenda del proceso de subsunción de manera sistemática de modo tal que pueda ser utilizado para resolver cualquier caso que se presente.⁹

De esta manera, el método alemán indica que para lograr su objetivo debe seguirse muy de cerca el esquema correspondiente a la teoría de la parte general y de la parte especial del derecho penal que resulte aplicable al caso, determinarse los requisitos e incluir una argumentación mayor respecto a aquellos puntos más discutibles.¹⁰

La línea argumentativa del presente trabajo estará enfocada principalmente a analizar los posibles tipos penales aplicables, a la luz de la legislación jurídico-penal vigente en Chile, ante las conductas realizadas por los directivos de una empresa al percatarse de que uno de los productos que fabrican comienza a generar daños en la salud de los consumidores. Para esto, primero se planteará un “*sumario o esquema de solución*” general conforme a la estructura del método alemán¹¹ y, posteriormente, se comenzarán a desarrollar en detalle los aspectos señalados en el sumario a través de lo que denominaremos “*dictamen*”, en el cual se explicarán las razones y argumentos en base a doctrina de por qué un determinado requisito legal es aplicable o no en el caso en concreto.

Los hechos que serán objeto de estudio a través del método señalado anteriormente se presentan a continuación.

Variación del caso *Lederspray*¹²

“La empresa de responsabilidad limitada **W&M** fabricada esprays que servían para el cuidado de zapatos y vestimentas de cuero. La empresa fabricante contaba con tres directivos-gerentes (gerentes **A**, **B** y **C**). El producto fue puesto en el mercado de forma inicial cumpliéndose con los respectivos deberes de fabricación, de diseño e instrucción y fue distribuido durante más de veinte años con normalidad por la misma empresa fabricante en tiendas y supermercados sin que existiera queja alguna de parte de los consumidores.

A partir de la primavera de 1980 llegaron al departamento de química de la empresa **W&M** informaciones que daban cuenta de daños a la salud, atribuibles al uso del espray.

⁸ CONTRERAS (2015), p. 284.

⁹ VERDE (2022). p. 75.

¹⁰ VERDE (2022). p. 79.

¹¹ Una vez que se plantea este esquema general de solución indicando los posibles tipos penales aplicables, se plasma colocándose un signo “+” (positivo) si algún requisito legal se presenta en el caso y un signo “-” (negativo) si se da la situación contraria.

¹² Antecedentes del caso extraídos del texto CONTRERAS (2017), pp. 6-7. Los hechos fueron modificados superficialmente para los efectos de la presente AFE.

Varios consumidores que emplearon el producto de acuerdo con las instrucciones de uso habían sufrido molestias respiratorias, tos, mareos, escalofríos y fiebres. En algunos casos, incluso los afectados debieron ser tratados en unidades de cuidados intensivos. Comúnmente, los diagnósticos indicaban que los enfermos sufrían de edemas pulmonares.

Debido a los incidentes atribuidos al uso del producto, la empresa ordenó la realización de investigaciones y adoptó un conjunto de medidas para esclarecer cuál era el componente tóxico del espray, no pudiendo identificar ningún defecto de diseño. Solo se logró establecer que, a mediados de la década de los ochenta, se había aumentado la cantidad de aceite de silicona que contenían los aerosoles. Por ello se disminuyó la dosis de ese componente en las nuevas partidas del producto. Sin embargo, siguieron produciéndose nuevos casos de lesiones; el primero de ellos llegó a conocimiento de la empresa el 14 de febrero de 1981, lo cual motivó que los gerentes **A, B y C**, luego de acordarlo en una reunión que se hizo ese mismo día 14, solicitaran asesoría a toxicólogos de dos empresas químicas y a un médico, quienes no lograron aclarar la causa de los daños a la salud que estaban sufriendo los usuarios.

Sin embargo, los toxicólogos y el médico no tenían los conocimientos ni experiencia necesarios para determinar la causa del problema. Estas falencias podrían haber sido advertidas si los gerentes hubieran aplicado el cuidado debido antes de elegir a tales especialistas, exigencia que se encontraba establecida en el Reglamento de Aerosoles del Ministerio de Salud¹³, en caso de que surgieran riesgos para la salud de los consumidores por el uso de los productos. En la reunión señalada, los tres gerentes estuvieron de acuerdo en elegir a los toxicólogos y al médico en cuestión, superándose el quórum de 2/3 que exigían los estatutos de la empresa. En una reunión posterior, que tuvo lugar el 24 de febrero, decidieron no retirar el producto del mercado basados en la asesoría entregada por los toxicólogos y el médico que no habían sido correctamente elegidos. Luego de la no retirada, siete personas resultaron con problemas respiratorios. Cada una de ellas tuvo una licencia médica de 45 días.

El 12 de mayo de 1981 tuvo lugar una reunión extraordinaria donde participaron todos los directivos de la empresa **W&M**. Al comienzo de la reunión, un experimentado especialista en enfermedades respiratorias les indicó que no podía determinar por qué el producto estaba causando las lesiones, pero que, a su juicio no era posible descartar que siguieran produciéndose daños a la salud si el producto no se retiraba inmediatamente del mercado. Pese a lo anterior, **A, B y C** decidieron seguir fabricando nuevas partidas del producto y no retirar las que ya estaban en el mercado. Como se señaló, de acuerdo con los estatutos de la empresa **W&M**, las decisiones del cuerpo directivo tenían que adoptarse con al menos 2 votos. Además, los tres gerentes constituían la cúpula gerencial de la empresa y los deberes de retirada no se delegaban en ningún miembro de la organización.

Con posterioridad a la sesión extraordinaria del 12 de mayo de 1981, tuvieron lugar ocho nuevos casos de lesiones provocadas por los esprays. Cada uno de estos casos tuvo una licencia médica de 30 días. Seis de estas lesiones fueron provocadas por unidades que no se

¹³ Reglamento ficticio creado exclusivamente para los efectos de la presente AFE.

retiraron y dos de ellas tuvieron su origen en nuevas partidas distribuidas a partir del 12 de mayo.

Recién en septiembre de 1983, y después de la intervención del Ministerio de Salud, la empresa **W&M** paralizó la producción de los esprays y retiró el producto del mercado. El aerosol defectuoso solo representaba el 5% de las ventas de la empresa fabricante.

Retrospectivamente, no se pudo determinar con claridad cuál de las sustancias químicas contenidas en el espray causó el daño en la salud de los consumidores. Sin embargo, pudo descartarse que los daños a la salud de las víctimas tuvieran otras causas. Posteriores experimentos con animales dieron como resultado que éstos también mostraban los mismos síntomas tras entrar en contacto con el espray.”

ESQUEMA DE SOLUCIÓN

1. PRIMER COMPLEJO DE HECHOS: LA NO RETIRADA DEL PRODUCTO DEL MERCADO (PERÍODO CULPOSO)

I. La punibilidad de los gerentes A, B y C

1. Art. 399, en relación con el art. 492 inc. 1º, ambos del Código Penal, respecto de los consumidores del spray (+)

a) Tipicidad

aa) Tipo objetivo (+)

- Acaecimiento del resultado típico
- No realización de una determinada acción de salvamento idónea y necesaria
- Posibilidad de actuación físico-reales
- Cuasicausalidad
- Posición de garante
- No aplicar el cuidado debido, a pesar de que el resultado es previsible

b) Antijuridicidad (+)

c) Culpabilidad (+)

2. Art. 397 nº2, en relación con el art. 492 inc. 1º, ambos del Código Penal (-)

a. Tipicidad

aa) Tipo objetivo (-)

3. Art. 314 en relación con el art. 317 inc. 2º, ambos del Código Penal (-)

a. Tipicidad

aa) Tipo objetivo (-)

4. Resultado para los gerentes A, B y C respecto del primer complejo de hechos

2. SEGUNDO COMPLEJO DE HECHOS (PERÍODO DOLOSO)

2.1 La decisión de continuar con la fabricación y distribución del producto

I. La punibilidad de los gerentes A, B y C

- 1. Art. 399, en relación con el art. 15 núm. 1, ambos del Código Penal (+)**
 - a. Tipo objetivo (+)
 - aa) Características especiales de la autoría
 - bb) No realización de propia mano de los elementos del tipo
 - cc) Imputación conforme al art. 15 n°1 CP
 - b. Tipo subjetivo (+)
 - c. Antijuridicidad y culpabilidad (+)

- 2. Art. 397 n°2 del Código Penal (-)**
 - a. Tipo
 - aa) Tipo objetivo (-)

- 3. Art. 391 n°2 en relación con el art. 7 inc. 2°, todos del Código Penal, respecto de los consumidores del espray (-)**
 - a. Tipicidad
 - aa) Tipo subjetivo (-)

- 4. Art. 314 del Código Penal (+)**
 - a. Tipo
 - aa) Tipo objetivo (+)
 - bb) Tipo subjetivo (+)
 - b. Antijuridicidad y culpabilidad (+)

- 5. Concurso entre los delitos de lesión del art. 399 y de peligro del art. 314, ambos del CP**

- 6. Resultado para los gerentes A, B y C respecto del complejo de hechos 2.1**

2.2 La decisión de no retirar el producto del mercado

I. La punibilidad de los gerentes A, B y C

1. Art. 399, en relación con el art. 15 núm. 1, todos del Código Penal (+)

- a. Tipo objetivo (+)**
 - aa) Características especiales de la autoría
 - bb) No realización de propia mano de los elementos del tipo
 - cc) Imputación conforme al art. 15 n°1 CP
- b. Tipo subjetivo (+)**
- c. Antijuridicidad y culpabilidad (+)**

2. Art. 397 n°2 del Código Penal (-)

- a. Tipicidad**
 - aa) Tipo objetivo (-)

3. Art. 391 n°2 en relación con el art. 7 inc. 2°, todos del Código Penal, respecto de los consumidores del espray (-)

- a. Tipicidad**
 - aa) Tipo subjetivo (-)

4. Art. 314 del Código Penal (-)

- a. Tipicidad**
 - aa) Tipo objetivo (-)

5. Resultado para los gerentes A, B y C respecto del complejo de hechos 2.2

3. RESULTADO GENERAL: La punibilidad de los gerentes A, B y C

DICTAMEN

1.- PRIMER COMPLEJO DE HECHOS: LA NO RETIRADA DEL PRODUCTO DEL MERCADO (PERÍODO CULPOSO)

I. La punibilidad de los gerentes A, B y C

1. Art. 399, en relación con el art. 492 inc. 1º, ambos del Código Penal, respecto de los consumidores del espray (+)

En la medida que los gerentes A, B y C, deciden en la reunión del 24 de febrero no retirar del mercado los aerosoles para cuero, los cuales son utilizados por un grupo de personas, en el cual siete consumidores sufren problemas respiratorios consistentes en edemas pulmonares, con una licencia médica de 45 días cada uno, A en conjunto con B y C, podrían ser responsables como autores concomitantes por omisión impropia imprudente de lesiones menos graves.

a) Tipicidad

aa) Tipo objetivo (+)

- Acaecimiento del resultado típico

Siete consumidores resultaron lesionados y con problemas respiratorios debido al uso del espray. Cada uno de ellos tuvo una licencia médica de 45 días.

Podría ser discutible que el resultado típico producido consistente en la enfermedad o incapacidad para el trabajo de 45 días que sufrieron los consumidores del espray pueda ser subsumible en el tipo penal del art. 399 del CP. Sin embargo, hay que tener presente que el tipo en comento es la figura básica o residual de los delitos de lesiones, la cual se aplica cuando concurre el resultado lesivo indicado en estos delitos, pero la forma o modo no corresponde con las exigencias señaladas por el legislador.¹⁴ De esta manera sería posible sancionar bajo este título una hipótesis de omisión impropia –como la del primer complejo de hechos– que produzca un resultado lesivo que se prolongue por más de 30 días incluso si son producidas por modalidades de conducta distintas a las referidas en el artículo 397 del Código Penal.¹⁵

De esta manera, es correcto que, a diferencia del tipo de homicidio, en el cual no se ha restringido por parte del legislador las formas de perpetración del resultado, la teoría dominante ha sostenido que no podría decirse lo mismo respecto a buena parte de las lesiones

¹⁴ RETTIG (2022), p. 272.

¹⁵ RETTIG (2022), p. 273.

corporales.¹⁶ Por lo tanto, el tipo de lesiones pareciera estar limitado en cuanto a sus medios de comisión por parte del legislador.

En este sentido, las modalidades de comisión del artículo 397 del Código Penal consisten en “*herir*”, “*golpear*” o “*maltratar de obra*”. El problema será delimitar el alcance de estos verbos rectores para determinar si la conducta que estamos analizando puede ser subsumida en ellos. Se ha entendido tradicionalmente por la doctrina que “*herir*” consiste en abrir la carne o un hueso, “*golpear*” consiste en dirigir un objeto material contra el cuerpo de la víctima y, por su parte, “*maltratar de obra*” consiste en cualquier actividad dirigida a dañar físicamente al lesionado o hacerlo sufrir grandes dolores físicos o psíquicos (no morales)¹⁷. Por lo tanto, estos conceptos, si se toman en su sentido literal y obvio, excluirían la omisión –específicamente la no retirada de un producto del mercado– por parte del fabricante de manera que esta conducta no sería subsumible en los verbos rectores señalados.

Al contrario de lo señalado en el párrafo anterior, una tesis minoritaria propuesta por el profesor MERA plantea una ampliación del alcance de las modalidades de conducta de las lesiones, señalando que las razones de la limitación de los medios de comisión por parte de la doctrina mayoritaria se fundamentan principalmente en una errónea interpretación de la estructura del tipo del artículo 397 del Código Penal¹⁸. Sin embargo, descarto la aplicación de esta tesis, debido a que es importante tener presente que el artículo 397 del CP tipifica un delito de acción. Por lo tanto, sería inapropiado ampliar las conductas que abarca este tipo penal para incluir la situación en la que no se retira un producto del mercado –conducta omisiva–, ya que, incluso si se aceptara esa ampliación, esta “no retirada” no se ajustaría a los verbos rectores de herir, golpear o maltratar de obra, pues todos ellos corresponden a comportamientos activos.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, el artículo 399 del Código Penal, cuya aplicación se está analizando al caso en concreto, sí puede comprender, sin forzar su texto e interpretación, toda causación de lesiones sea por acción o sea por omisión, no comprendidas en las lesiones graves. Esto implica que tanto el resultado como los medios empleados podrían ser diferentes a los establecidos en el artículo 397 del CP¹⁹.

Sobre la base de lo anterior, la no retirada de los aerosoles del mercado configura el acaecimiento de un resultado típico compatible con el art. 399 del CP.

- **No realización de una determinada acción de salvamento idónea y necesaria**

¹⁶ POLITOFF *et al.* (1993), p. 208.

¹⁷ GARRIDO (2007), p. 157.

¹⁸ MERA (1975), p. 174.

¹⁹ POLITOFF *et al.* (1993), p. 209.

Los delitos de omisión impropia exigen la no realización de una determinada acción de salvamento idónea y necesaria. En este sentido, un delito de omisión impropia será un hecho punible en el que quien lleva a cabo la omisión está obligado como garante a la evitación del resultado y en los que la omisión corresponde valorativamente a la realización del tipo legal mediante un hacer activo.²⁰ De esta manera, el omitente será penado debido a que no ha ejecutado la determinada acción y esta debe estar caracterizada de modo exacto en la cuestión de subsunción.²¹

Por acción de salvamento se entenderá aquella necesaria en la concreta situación de peligro para la evitación del resultado.²² De esta forma, la capacidad de ejecutar la acción de la que se trata tiene que haber existido al momento de la omisión.

Sobre la base de la definición anterior, la acción de salvamento idónea y necesaria en los hechos del caso que se analiza debió consistir en retirar el producto del mercado de forma oportuna.

La conducta de los gerentes A, B y C, consistente en no retirar del mercado los aerosoles –luego de que llegaron a la empresa W&M las primeras informaciones sobre los daños a la salud de los consumidores– supondría, por tanto, una conducta omisiva impropia.

El gerente A, junto con los otros gerentes, ordenaron la realización de investigaciones para determinar y esclarecer el componente tóxico del spray, luego de que llegaron las primeras informaciones de daños a la salud de los consumidores consistentes principalmente en edemas pulmonares. Sin embargo, no se identificó ningún defecto de diseño en el producto.

Los casos de lesiones siguieron produciéndose luego del hecho anterior, por lo que los gerentes de la empresa W&M, incluido el gerente A, solicitaron asesoría toxicológica a dos empresas químicas y a un médico, quienes no pudieron aclarar la causa de los daños a la salud porque, debido a una defectuosa selección, no tenían la suficiente experiencia ni los suficientes conocimientos. En la reunión del 24 de febrero se decidió no retirar del mercado el aerosol, sobre la base de la información entregada por los supuestos expertos. Aunque no se pudo determinar la causa exacta que ocasionaba las enfermedades por el uso del spray, sí se podría haber reconocido su carácter peligroso si se hubiera aplicado el cuidado debido (selección correcta de expertos).

Por lo tanto, cuando nos referimos a la omisión, esta sólo existirá en un sentido normativo cuando aquel que es especialmente responsable, en este caso los gerentes de la empresa fabricante, no contribuye a la evitación del resultado con aquello que le es exigido a tal

²⁰ WESSELS *et al.* (2018), p. 490.

²¹ FRISTER (2011), pp. 432-433.

²² WESSELS *et al.* (2018), p. 497.

efecto por la posición de garante que tiene al respecto²³. Considerando lo anterior, en el caso en análisis los gerentes omitieron realizar una acción de salvamento necesaria para impedir el resultado, como era retirar el aerosol del mercado de forma oportuna.

- Posibilidad de actuación físico-reales

En los delitos de omisión impropia y, relacionado con lo expuesto en el punto anterior, se debe agregar como exigencia adicional que la acción de salvamento necesaria sea realizada dentro de las posibilidades de actuación físico-reales del agente.²⁴

Por posibilidad de actuación físico real se entiende que consistirá en hacer lo jurídicamente exigido de un modo razonable o, dependiendo del caso en concreto, de disponerlo con ayuda de terceros.²⁵ Es decir, omitir no significa un “*no hacer nada*”, sino que consiste en no ejecutar una actividad determinada la cual es jurídicamente exigida.

Sobre la base de la definición anterior, los gerentes A, B y C, podrían haber evitado el resultado de lesiones en los consumidores, si hubiesen retirado del mercado los aerosoles defectuosos. Para determinar la posibilidad de actuación de los gerentes, habría que partir desde el análisis de un tercero imparcial situado en la posición de este, de acuerdo con sus conocimientos especiales.

En este sentido, al no tener claridad del componente tóxico de los aerosoles que estaban causando lesiones en los consumidores, los gerentes A, B y C –dado su calidad específica en la empresa W&M– tenían la posibilidad físico-real de retirarlos del mercado, es decir, de hacer aquello jurídicamente exigido, evitando de esta manera el resultado producido.

- Cuasicausalidad

En los delitos omisivos, tal como ocurre en los delitos comisivos, la imputación del resultado dependerá del nexo causal y de la imputación objetiva. De esta forma, para imputar jurídicamente un hecho como realizador del tipo objetivo, en los delitos de resultado, es necesario que este haya sido causado por una conducta típica. Es decir, en términos de CURY acreditar la existencia de un vínculo de imputación objetiva entre la acción y el resultado²⁶, esto es, una suerte de juicio probabilístico.

El concepto de causalidad en términos generales ha sido un tema muy discutido y difícil de determinar. Son diversas las teorías que han tratado de explicar cuándo una conducta es causa del resultado, en otras palabras, determinar cuándo existe una relación de causalidad entre una conducta y un resultado.²⁷ La principal teoría para explicar la causalidad es

²³ FRISCH (1996), p. 110.

²⁴ WESSELS *et al.* (2018), p. 497.

²⁵ WESSELS *et al.* (2018), p. 497.

²⁶ CURY (2020), p. 388.

²⁷ RETTIG (2019), p. 292.

la denominada teoría de la equivalencia de las condiciones²⁸. Por parte de la jurisprudencia y la doctrina suele considerarse que esta teoría proporciona el método más seguro para la averiguación o constatación de esta relación causal.²⁹

En la responsabilidad penal por el producto, las cuestiones jurídicas más difíciles proceden del ámbito de la dogmática de la causalidad general,³⁰ pues se debe establecer una relación entre la conducta que se realiza y el daño producido, es decir, se debe determinar la aptitud del producto para dañar, lo cual podría acreditarse tomando en consideración, por ejemplo, los principios de las ciencias naturales. En casos emblemáticos sobre la materia como el caso “*Contergan*”, el “*caso de la colza*” e incluso el caso original del “*Lederspray*”, también fue controvertida la ley causal que se aplicó para la determinación de la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado.³¹

A modo de referencia, en el conocido caso “*Contergan*”³², la Audiencia Provincial de Aquisgrán para determinar la causalidad entre la talidomida y las graves malformaciones que se dieron en algunos recién nacidos, estableció que en este tipo de casos el juicio sobre la causalidad es imposible realizarlo con una seguridad absoluta que excluya toda duda y, luego señaló, que lo realmente importante no es la certeza objetiva característica de las ciencias naturales, sino solo la subjetiva del tribunal.³³

En la misma línea anterior, el caso del “*aceite de colza*”³⁴ también presentó dificultades para establecer el nexo causal entre la actividad de adulteración del producto alimenticio y los resultados lesivos para los bienes jurídicos penalmente protegidos por el consumo del mismo. De esta forma, la Sentencia de la Audiencia Nacional del 20 de mayo de 1989 dedicó una parte importante de su argumentación a la relación de causalidad, la cual dio por

²⁸ Sobre la exigencia de la causalidad general y la teoría de la equivalencia de las condiciones véase en doctrina nacional a MODOLELL (2024), pp. 57 y ss.; VAN WEEZEL (2023), pp. 204 y ss.; MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 291 y ss.; CURY (2020), pp. 391-392; RETTIG (2019), pp. 292 y ss.; NÁQUIRA (2014), pp. 204 y ss.; También véase a CERESO MIR (2005a) pp. 52 y ss.; ROXIN (1997), pp. 346 y ss. FRISCH (1995), pp. 29 y ss.

²⁹ CERESO MIR (2005a) p. 52. Al respecto, véase sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo del 24.08.2012, RUC 0800102576-8, RIT 38-2011.

³⁰ HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1995), p. 124.

³¹ PUPPE (1996) p. 222.

³² El conocido caso *Contergan* consistió en que la empresa farmacéutica alemana Grünenthal alrededor de los años 50 desarrolló un producto tranquilizante para mujeres embarazadas que contenía talidomida. Miles de recién nacidos cuyas madres habían utilizado el medicamento durante el embarazo, sufrieron graves daños neuronales y malformaciones e incluso muchos de ellos murieron como consecuencia de lo anterior.

³³ Al respecto, véase HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1995), p. 130.

³⁴ El conocido caso de la colza ocurrió en España en la década de los ochenta donde fue detectado un síndrome tóxico en varias zonas del Estado. Las autoridades diagnosticaron en un inicio una modalidad de neumonía, transmisible por vía respiratoria y se investigó la posibilidad de que todo estuviese ocasionado por una intoxicación alimentaria. En efecto, se estableció la hipótesis de que dicha dolencia pudiera venir causada por la ingestión un aceite en mal estado, en ese sentido, las personas enjuiciadas en este proceso realizaron una serie de manipulaciones sobre aceites destinados al consumo humano, incorporándoles aceites no comestibles (aceite de colza desnaturalizado) y otras sustancias químicas como la anilina. Al respecto, véase en PAREDES y RODRÍGUEZ (1995) p. 49.

probada, principalmente al establecer que la introducción de la anilina en el aceite de colza fue la condición necesaria de la aparición del síndrome tóxico y que los estudios epidemiológicos realizados demostraron la asociación causal entre el factor de riesgo y el resultado.³⁵

Por lo anterior, en el caso en estudio, establecer la causalidad general entre la fabricación de los productos y las lesiones en la salud de los consumidores es difícil de determinar de manera específica, pues retrospectivamente no se pudo dar por acreditado con claridad el componente tóxico o cuál de las sustancias químicas de los sprays causaba los edemas pulmonares en las personas. No obstante, lo cierto es que se descartó que los daños en la salud de los consumidores tuvieran otras causas. Incluso, posteriores experimentos con animales dieron como resultado que éstos también mostraban los mismos síntomas que las personas al entrar en contacto con el spray.

En efecto, y de acuerdo con lo que señalan PAREDES y RODRÍGUEZ, sobre el problema de la causalidad general, se debe sostener que, para afirmar la existencia de una relación de causalidad, no es suficiente con la constatación de una sucesión temporal de fenómenos. Se requiere además que la explicación causal propuesta esté fundamentada en una ley fenoménica de contenido causal que sea válida conforme a criterios epistemológicos habitualmente admitidos.³⁶ En ese sentido, en cuanto a la responsabilidad penal por el producto y la causalidad, se deberán aplicar los conocimientos existentes, prestando atención a los detalles del caso en concreto.

Ahora bien, en el caso en estudio en el presente trabajo, la omisión de retirar del mercado los aerosoles para cuero podría ser causa del resultado de las lesiones de los consumidores. Como ya hemos señalado, es una condición para la imputación objetiva del resultado el requisito de la causalidad, con el cual se determina la existencia de un nexo causal entre la conducta y el resultado producido.³⁷ Para determinar lo anterior, ha sido utilizada la teoría de la equivalencia a través de su fórmula de la *conditio sine qua non*, conforme a la cual, el autor causa el resultado cuando interpone una condición necesaria para su producción.³⁸ Junto con lo anterior, cabe preguntarse si el resultado desaparecería cuando la acción de la persona cuyo comportamiento se analiza es eliminado o suprimido mentalmente, si es así, la acción podría denominarse causal.

En este sentido, en los delitos de omisión, no se podría suprimir mentalmente la conducta omisiva, porque esta no ha tenido lugar en la realidad. De esta manera la fórmula tradicional descrita anteriormente supondrá un hacer positivo. Incluso, la jurisprudencia del BGH trabaja con una inversión de la fórmula de la supresión mental y parte de la base de que una omisión es causal para un resultado cuando este se habría evitado a través de la no acción

³⁵ PAREDES y RODRÍGUEZ (1995), pp. 52-53

³⁶ PAREDES y RODRÍGUEZ (1995), pp. 128-129.

³⁷ FRISCH (1995), p. 29.

³⁸ FRISCH (2015), p. 43.

efectuada.³⁹ Por lo anterior es que en la omisión se habla de cuasicausalidad, la cual se comprueba a través de una fórmula de la *conditio sine qua non invertida*.⁴⁰

Es esta fórmula de la *conditio sine qua non* adaptada la que en palabras de GIMBERNAT determina la relación de cuasicausalidad en la omisión y que exige en ésta, como un requisito adicional para que el omitente responda por el resultado, que esté en una posición de garante.⁴¹

De esta manera, la no retirada del mercado de los aerosoles para cuero –conducta omisiva– sería causal para el resultado, si de haberse realizado la conducta omitida (debidamente), el resultado no habría tenido lugar con una probabilidad rayana en la certeza. Es decir, si de haberse advertido a los consumidores y retirado el producto del mercado, no se habrían producido, con una probabilidad rayana en la certeza, los casos de lesiones.

Por otra parte, se debe tener presente que el problema de la causalidad se plantea de manera distinta al analizarla en las decisiones colegiadas⁴², al respecto cabe preguntarse si *¿es causa del resultado cada miembro del órgano de dirección cuando por acuerdo unánime es omitida una actuación requerida o exigible?*⁴³. Para responder la interrogante anterior habrá que tomar en consideración los aspectos que se detallan a continuación.

Respecto a esta causalidad en las decisiones colegiadas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, una de las principales dificultades que surge es la unanimidad con que estas decisiones se adoptan pues esto podría favorecer al individuo concreto que permanece oculto tras los otros responsables.⁴⁴ Sin embargo, en el caso en análisis, A toma la decisión de no retirar el producto en conjunto con los gerentes B y C de la empresa W&M en una reunión de rigor, en la cual el quórum de 2/3 exigido en los estatutos de la empresa se cumplió. Esta situación supondrá un supuesto de causalidad múltiple, en la cual solo deberán separarse las diversas condiciones suficientes que concurren.⁴⁵ Por lo tanto, no se presentará a este respecto ningún problema ya que la decisión se tomó por unanimidad (3 de 3 votan a favor de no retirar el producto).

³⁹ ROXIN (2014), p. 768.

⁴⁰ Al respecto, véase WEESSELS *et al.* (2018), p.498.; ROXIN (2014), p. 768.

⁴¹ Véase en GIMBERNAT (2000), pp.48 y ss. Se plantea además por el autor distintas direcciones dogmáticas sobre los requisitos que debieran concurrir para poder imputar un resultado a una inactividad: la primera seguida por la doctrina dominante afirma que existirá relación de cuasicausalidad cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza; segundo, una dirección minoritaria, exige no una probabilidad rayana en la certeza, sino que una certeza y seguridad de que esa acción debida hubiera impedido el resultado típico y la tercera dirección, también minoritaria, plantea que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado.

⁴² Se entenderá por decisión colegiada aquella que es adoptada de manera conjunta por un grupo de sujetos con poder de mando dentro de una empresa. En el caso en cuestión, se trataría de la decisión de no retirar del mercado los aerosoles por los gerentes A, B y C.

⁴³ ROXIN (2014), p. 777.

⁴⁴ HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1995), p. 171.

⁴⁵ PUPPE (1996), p. 220.

Para complementar lo anterior y, tomando como referencia el caso *Lederspray* original aplicable a este trabajo, cuando todos los miembros de la directiva votan contra la retirada de un producto peligroso, su votación corresponde a una decisión omisiva que trae consigo el resultado. En este sentido, “*no votar en favor de una acción de retirada del producto por parte de cada uno de los miembros de la directiva será condición para una decisión mayoritaria*”.⁴⁶

De esta forma, siguiendo a RODRÍGUEZ, todos aquellos que votan a favor de una decisión antijurídica o en contra de que se adopte un acuerdo debido, contribuirán causalmente con independencia de la concreta configuración de la mayoría de los votos y del momento en que cada uno de estos se emitió en el seno de órganos colegiados⁴⁷.

En definitiva, cualquier integrante de un órgano colegiado que vota en favor de una decisión ilegal –en el caso, no retirar del mercado los aerosoles– deberá responder penalmente por sus consecuencias. En palabras de JAKOBS, los votos a favor de un acuerdo de realizar una conducta antijurídica se exteriorizan simultáneamente en la conducta acordada y son por lo tanto causales respecto de esta conducta, tal como ocurre en este caso.⁴⁸

Por lo tanto, la conducta de los gerentes A, B y C, fue cuasicausal para el resultado.

- **Posición de garante**

La tipicidad objetiva de todo delito de omisión impropia exige una obligación de evitar el resultado basado en una determinada posición de garante. Es decir, se agrega como presupuesto en los elementos objetivos la existencia de la posición de garante.⁴⁹

La posición de garante ha sido definida como aquella que posee el sujeto que está obligado a la evitación del resultado típico y es en esta donde se fundamenta una relación de deber especial en la que, siguiendo a ROXIN, se le confía la incolumidad del valor protegido del bien jurídico.⁵⁰ De esta manera un garante que infringe ese deber que se le ha impuesto para la evitación del resultado realiza un tipo penal que está estructurado como un delito de comisión y al cual subyace primariamente una norma de prohibición.⁵¹

De esta manera, el fundamento de la responsabilidad de los gerentes A, B y C podría estar dado por la posición de garante que estos tendrían sobre los consumidores del *espray*. El problema, en este caso, será determinar cuál es la fuente de la posición de garante del fabricante de productos defectuosos.

⁴⁶ ROXIN (2014), p. 778.

⁴⁷ RODRÍGUEZ (1998-1999), p. 196.

⁴⁸ JAKOBS (1996), p. 97.

⁴⁹ BUSTOS (1995), p.73.

⁵⁰ ROXIN (2014), p.845.

⁵¹ WESSELS *et al.* (2018), p. 491. Respecto a la posición de garante en términos generales, véase también a CERREZO MIR (2005a), p. 263.

Sabemos que delimitar las fuentes de la posición de garante en términos generales tampoco resulta del todo sencillo. En este sentido se ha afirmado por la doctrina tradicional o clásica, a través de la denominada teoría del deber jurídico formal, que la posición de garante tendría su fuente en la ley, el contrato o el actuar precedente (injerencia), entendiendo que son estas tres causas donde puede surgir un deber de evitación de un resultado.⁵²

Respecto a la ley, como fuente de la posición de garante del fabricante, tendríamos que revisar la legislación actual, particularmente el art. 46 de la Ley N°19.496⁵³ sobre protección de los derechos de los consumidores, el cual solo establece como único deber jurídico el de advertencia a la autoridad y a los consumidores, por lo que quedan fuera los deberes de vigilancia y los deberes de retirada de un producto, por lo tanto esta disposición no nos permitiría fundar una posición de garante a partir de la cual surja un deber de retirada.

Tampoco sería correcto sostener, en términos generales, que un contrato pueda fundar la posición de garante, pues como afirma ROXIN, el contrato como tal no es suficiente para la responsabilidad jurídico penal mientras los deberes que resultan de él no se asuman efectivamente⁵⁴, y porque cuando normalmente se celebra un contrato este no se suscribe con el fabricante (sino con un intermediario que comercializa el bien), por lo tanto, también queda descartado.

Ahora bien, respecto al actuar precedente o injerencia para fundar la posición de garante del fabricante tampoco resulta del todo satisfactorio. En materia de injerencia, la doctrina suele afirmar que el actuar precedente debe haber provocado un peligro cercano del ocasionamiento del daño y que la actuación previa debe haber sido contraria a deber desde una perspectiva objetiva⁵⁵, esto quiere decir, que debe haber infringido aquella norma que sirve de protección del bien jurídico afectado. Sin embargo, si se analiza e intenta fundar la posición de garante de la empresa W&M en esta fuente, el hacer precedente debería haber consistido en la introducción en el mercado de los esprays y para que esta fuese considerada como contraria a deber la peligrosidad de los aerosoles tendría que haber sido conocida o poder haber sido conocida por los gerentes A, B y C en ese momento.⁵⁶ Es decir, esta exigencia de contrariedad a deber de la injerencia debe realizarse desde lo que podríamos denominar una perspectiva *ex ante* y, en ese caso, el problema de fundar la posición de garante en esta fuente es que comúnmente el fabricante que pone un producto en el mercado, lo hace

⁵² Al respecto, véase ROXIN (2014), p.846.

⁵³ Art. 46 de la Ley N°19.496: “*Todo fabricante, importador o distribuidor de bienes o prestador de servicios que, con posterioridad a la introducción de ellos en el mercado, se percate de la existencia de peligros o riesgos no previstos oportunamente, deberá ponerlos, sin demora, en conocimiento de la autoridad competente para que se adopten las medidas preventivas o correctivas que el caso amerite, sin perjuicio de cumplir con las obligaciones de advertencia a los consumidores señaladas en el artículo precedente*”.

⁵⁴ ROXIN (2014), p. 849.

⁵⁵ JESCHECK y WEIGEND (2002), p. 673.

⁵⁶ Al respecto, véase a CONTRERAS (2017), p. 14.

cumpliendo con todos sus deberes de cuidado, sin poder reconocer el carácter peligroso del bien, como ocurrió inicialmente en este caso.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso original del *Lederspray* tanto el tribunal de instancia como el BGH calificaron la conducta como omisión impropia, pero con distintos argumentos. El tribunal de instancia fundamentó la omisión impropia en el deber de aseguramiento del tráfico mientras que el BGH la fundamentó en la injerencia determinada por una conducta anterior peligrosa que consistió en la puesta en el mercado del producto nocivo para la salud.⁵⁷

Sin embargo, sostener que en el caso en análisis del presente trabajo la posición de garante se funda en la injerencia no sería del todo correcto en el sentido de que, tal como se mencionó anteriormente, este hacer precedente consistiría en poner en circulación los productos peligrosos y al sostener esto, sólo habría posición de garante cuando se infringe el deber de cuidado produciéndose un defecto de fabricación, diseño o instrucción y que esto sea reconocible por el fabricante.

Por estas razones, es que habría que analizar el fundamento de la posición de garante del fabricante poniendo énfasis en las teorías de los garantes de protección y de vigilancia. La fundamentación de la posición de garante del fabricante por la asunción de una función de protección, teoría desarrollada por SCHÜNEMANN y luego sostenida por ROXIN, descansa en que el consumidor cuando adquiere un producto, lo hace confiando en el fabricante, incluso para aquellos casos en que la peligrosidad de este producto no se reconoce hasta de manera posterior.⁵⁸

Por otra parte, fundamentar que el fabricante tiene un deber de vigilancia se relacionaría con una fuente de peligro, en este sentido, la puesta en circulación de determinados productos, cuya naturaleza hace surgir para el consumidor el peligro de que se produzcan daños para la salud aun en caso de ser utilizado de manera apropiada, también fundamentaría un deber de tomar medidas que impidan los daños.⁵⁹ De esta forma, al comprobarse por el fabricante la existencia de defectos en el espray para cuero se volvía necesaria la retirada del producto de manera oportuna.

De esta manera, se podría señalar que el fabricante tiene una responsabilidad especial para evitar que se realicen los riesgos de desarrollo, una vez que estos ya son cognoscibles.⁶⁰

⁵⁷ ÍÑIGO (2001), pp. 272-273. Sobre la argumentación del BGH y las características especiales que presenta el caso *Lederspray* véase en GIMBERNAT (1999), pp. 304-335. Asimismo, las críticas al razonamiento del BGH en el caso *Lederspray* original para fundar la posición de garante se pueden confrontar en CONTRERAS (2017), pp. 10 y ss.

⁵⁸ Véase a ROXIN (2014), p. 924.

⁵⁹ Véase WEESSELS et al. (2018), p. 516.

⁶⁰ CONTRERAS (2017), p. 47.

Esta posición de garante específica que deriva de las expectativas de los consumidores supone que estos están interesados en adquirir productos que no generen un riesgo para su salud por el uso de estos. En este sentido, la determinación de los deberes penalmente que afectan al fabricante y a los que actúan para él cobrará vital importancia, pues de ello dependerá la capacidad orientadora y la eficacia de la responsabilidad penal por el producto en la protección de bienes jurídicos.⁶¹

Por lo anterior, la razón de que esta posición de garante deba buscarse en la relación fabricante-consumidor es porque las fuentes de garantías tradicionales como la ley o el hacer precedente o injerencia presentarían problemas para fundamentarla completamente. Por lo tanto, habría que remitirse a las teorías de garantes de protección y vigilancia, siendo, en cualquier término, los gerentes A, B y C garantes de vigilancia.⁶² De esta manera, dichos gerentes debieron retirar del mercado los productos cuando no se conocía la causa de las lesiones o bien se le exigía un deber de advertencia a los consumidores.

- No aplicar el cuidado debido, a pesar de que el resultado es previsible

El artículo 492 del Código Penal⁶³ permite sancionar la omisión impropia culposa de lesiones menos graves. El artículo 492 inc. 1º del Código Penal tipifica aquellas conductas en las cuales se incurre en una omisión que afecta a los bienes jurídicos más importantes de la persona (vida y salud) con infracción a los reglamentos y exige un estándar de culpa leve, es decir, esta forma de culpa o imprudencia consistirá en un descuido medio, por lo que para ser relevante jurídicamente debe haber existido una infracción a un reglamento.⁶⁴

En este sentido, la imprudencia o culpa leve supone la infracción de normas de cuidado que no son tan elementales como las que se vulneran por la imprudencia grave⁶⁵, normas que respetaría un ciudadano cuidadoso.⁶⁶

En virtud de lo anterior, aquellos casos de imprudencia o culpa leve se relacionan con aquellas actividades a las cuales les será inherente un cierto riesgo para la vida o la salud individual de las personas y por esa razón es que suelen estar reguladas en reglamentos en los términos del art. 492 del CP.⁶⁷ Este reglamento debe ser entendido no sólo en términos formales, sino que también se deben incluir todo tipo de leyes y normas jurídicas válidas.

⁶¹ KUHLEN (1996), p. 242.

⁶² CONTRERAS (2017), p. 48.

⁶³ Artículo 492 del CP: “Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas...”

⁶⁴ Véase a BUSTOS (1995), p. 51.

⁶⁵ Aquella que importa una infracción grave al deber legal de cuidado por la ausencia u omisión de las más elementales medidas de cuidado o atención.

⁶⁶ RETTIG (2019), p. 691.

⁶⁷ RETTIG (2019), p. 691

La imprudencia omisiva puede revestir distintas formas; la primera consiste en que el garante omitente desconoce la situación típica al no aplicar el cuidado debido, es decir, desconoce la situación de peligro. En segundo lugar, el garante desconoce su posición al no aplicar el cuidado debido. En tercer lugar, se puede dar una omisión imprudente cuando el garante cree, por imprudencia, que es incapaz de actuar. Finalmente, puede darse una omisión imprudente en el hecho de que el garante, infringiendo el cuidado debido, realice incorrectamente la acción de salvamento y con ello cause el resultado.⁶⁸

En el caso en estudio, estamos en presencia de culpa leve más infracción de reglamentos y concurre la primera de la hipótesis de imprudencia omisiva señalada en el párrafo anterior. Esto es, los garantes en este caso, no se dan cuenta de la situación de peligro que concurre al respecto, al no aplicar el cuidado debido consistente en escoger adecuadamente a los especialistas y toxicólogos.

Debido a lo señalado anteriormente, podríamos afirmar que efectivamente existió una infracción del deber de cuidado de los gerentes A, B y C, exigido en la potestad reglamentaria, cuando estos no escogen a los especialistas adecuados para determinar la causa del problema de los aerosoles. En este sentido, el delito imprudente exige comprobar que el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado con su infracción del deber objetivo de cuidado.⁶⁹

La conducta de los gerentes A, B y C, se adecúa con la descripción anterior, pues el Reglamento de Aerosoles del Ministerio de Salud señalaba que ante el conocimiento por parte de las empresas fabricantes de daños o posibles daños en la salud de los consumidores, se obliga a las compañías a adoptar las medidas necesarias y realizar estudios toxicológicos con los especialistas idóneos para determinar las causas del producto defectuoso. En este sentido, los gerentes A, B y C no aplicaron el cuidado debido.

Por lo anterior, el peligro creado por los gerentes A, B y C supuso un resultado que era previsible y evitable de haber aplicado el cuidado debido.

b) Antijuridicidad (+)

En este caso, no se presentan causales de justificación por lo que concurre la antijuridicidad del hecho.

c) Culpabilidad (+)

En este caso, no se presentan causales de exculpación por lo que concurre la culpabilidad del hecho.

⁶⁸ ROXIN (2014), p. 821.

⁶⁹ RETTIG (2019), p. 695.

Los gerentes A, B y C son responsables como autores concomitantes o accesorios de un delito culposo de lesiones menos graves por omisión (art. 399 en relación con el art. 492 inc. 1° del Código Penal).

2. Art. 397 n°2, en relación con el art. 492 inc. 1°, ambos del Código Penal (-)

En la medida que los gerentes A, B y C, deciden en la reunión del 24 de febrero no retirar del mercado los aerosoles para cuero, los cuales son utilizado por un grupo de personas, en el cual siete consumidores sufren problemas respiratorios consistentes en edemas pulmonares, con una licencia médica de 45 días cada uno, A en conjunto con B y C podrían ser responsables como autores concomitantes por omisión impropia imprudente de lesiones simplemente graves del art. 397 n°2 del CP.

a. Tipicidad

aa) Tipo objetivo (-)

Se consideran lesiones simplemente graves aquellas que consisten en *herir, golpear o maltratar de obra* y cuyo resultado produzca en el ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días. De los consumidores que utilizaron el espray en este primer período, siete resultaron con problemas respiratorios consistentes en edemas pulmonares. Estas siete personas tuvieron una licencia médica por 45 días cada una.

En este sentido, si bien a primera vista podría adecuarse el resultado de la enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días –cómo así lo exige el tipo penal en comentario es posible subsumirlo, pues el Código Penal restringe el castigo de las lesiones simplemente graves a aquellas que son producidas a través de los verbos rectores de *herir, golpear o maltratar de obra* (Vid. *Supra* pp. 14-15). Por lo anterior, no resulta posible sancionar en razón de estas conductas, las cuales corresponden a comportamientos activos, el hecho de que los gerentes A, B y C no retiraran del mercado los aerosoles que posteriormente causaron daño en la salud de los consumidores por el uso de estos, pues este fue un comportamiento omisivo.

De esta manera, la doctrina mayoritaria ha sostenido que el delito de lesiones graves o simplemente graves únicamente podría cometerse por medios comisivos materiales o físicos, excluyendo medios morales y, en consecuencia, no permitiría sancionar conductas omisivas impropias.⁷⁰

Pese a lo anterior una doctrina minoritaria, como ha sido señalado anteriormente, plantea la posibilidad de ampliar las conductas típicas del art. 397 n°2 CP, haciendo énfasis en que existe una errónea interpretación de la estructura de este tipo penal. De esta manera,

⁷⁰ RETTIG (2022), p. 259.

las conductas típicas de herir, golpear o maltratar de obra no contendrían una exigencia específica de un medio material, sino que únicamente una exigencia de un resultado, el cual, los modos de producirse este no han sido limitados, ocurriendo lo mismo que en el homicidio, es decir, siendo un medio de comisión abierto.⁷¹

Sin perjuicio de la tesis minoritaria referida que propone ampliar los medios de comisión del art. 397 del CP, pareciera ser que permitir que otro tipo de conductas pudieran ser comprendidas dentro de los verbos rectores herir, golpear o maltratar de obra forzaría una interpretación equivocada de la disposición, pues, analizando las conductas del tipo de lesiones simplemente graves en un sentido semántico, estas no calzarían con conductas omisivas, es decir, no podría aceptarse esta tesis por la forma en la cual esta disposición es planteada por el legislador. Si se hubiese estimado incluir o subsumir otro tipo de conductas distintas a las señaladas por el tipo penal, este no hubiese sido restringido o limitado a medios comisivos específicos.

Por lo tanto, los gerentes A, B y C no son responsables del delito del art. 397 n°2, en relación con el art. 492 inc.1°, ambos del Código Penal, porque este corresponde a un delito de acción y la conducta de aquellos fue omisiva.

3. Art. 314, en relación con el art. 317 inc. 2°, ambos del Código Penal (-)

En la medida que los gerentes A, B y C, deciden en la reunión del 24 de febrero no retirar del mercado los aerosoles para cuero, no habiendo escogido previamente y de manera adecuada a los especialistas para que determinaran el defecto de los aerosoles, los cuales son utilizados por un grupo de personas, en el cual siete consumidores sufren problemas respiratorios consistentes en edemas pulmonares, A, B y C podrían ser responsables por el delito de expender sustancias peligrosas para la salud de manera imprudente.

a. Tipicidad

aa) Tipo objetivo (-)

Los gerentes A, B y C podrían ser responsables por expender sustancias peligrosas para la salud por la infracción de los reglamentos respectivos, respecto de los consumidores del espray. Dichos gerentes realizan una conducta negligente al infringir el cuidado debido exigido en la potestad reglamentaria por no escoger adecuadamente a los especialistas para que pudiesen determinar el defecto de los aerosoles, por lo que se cumpliría con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 317 del Código Penal.

Sin embargo, los gerentes A, B y C no incurrir en la conducta típica descrita en el delito de peligro del art. 314, esto es, “expender”, pues el tipo penal referido está formulado para que este pueda ser cometido en forma activa, por lo que no podría ser susceptible de ser

⁷¹ MERA (1975), p.182.

realizada por vía de comisión por omisión.⁷² Lo mismo ocurre a su vez con los otros tipos penales de los arts. 313d o 315 del Código Penal, que por la forma en la cual están descritas las conductas: “fabricar”, “envenenar”, “infectar”, “efectuar adulteraciones”, “vender” o “distribuir” no resulta posible que puedan ser sancionadas por omisión. El mismo razonamiento tuvo el TOP de San Bernardo y posteriormente la Corte Suprema a propósito del “caso del alimento enteral ADN”.⁷³

Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior, la puesta en el mercado de productos defectuosos constituiría un comportamiento activo y la no vigilancia, no retirada o advertencia de los riesgos a los consumidores constituirá un comportamiento omisivo.

De esta manera, la no retirada del mercado de los aerosoles por parte de los gerentes de la empresa, supone un no hacer, por lo tanto, una conducta omisiva y, el tipo penal del art. 314 del CP que se está analizando en este apartado, debido a la conducta típica que consiste en el expendio, siguiendo a LONDOÑO, no puede cometerse por omisión.⁷⁴

Como no se cumple con la conducta típica, no corresponde castigar a los gerentes A, B y C por el delito del art. 314 en relación con el art. 317 inc. 2, ambos del Código Penal.

4. Resultado para los gerentes A, B y C respecto del primer complejo de hechos

Los gerentes A, B y C son responsables como autores concomitantes por omisión impropia imprudente de lesiones menos graves conforme el art. 399, en relación con el art. 492 inc.1°, ambos del Código Penal respecto de los consumidores del espray.

⁷² CONTRERAS (2015), p. 286.

⁷³ CONTRERAS (2015), p. 286.

⁷⁴ LONDOÑO (2019), p. 478.

2.- SEGUNDO COMPLEJO DE HECHOS (PERÍODO DOLOSO)

2.1 La decisión de continuar con la fabricación y distribución del producto

I. La punibilidad de los gerentes A, B y C

1. Art. 399, en relación con el art. 15 núm. 1, ambos del Código Penal (+)

En la medida que el gerente A, en conjunto con los gerentes B, y C –luego de la respectiva junta directiva celebrada con fecha 12 de mayo y el informe toxicológico respectivo – deciden continuar con la fabricación y distribución del producto, el cual vuelve a ser utilizado por un grupo de personas, en el cual dos consumidores sufren problemas respiratorios consistentes en edemas pulmonares, con una licencia médica de 30 días cada uno, dichos gerentes podrían ser responsables a título de coautores por las lesiones menos graves de estos.

a. Tipo objetivo (+)

aa) Características especiales de la autoría

Dos consumidores resultaron lesionados y con problemas respiratorios debido al uso del espray por las nuevas partidas de este que los gerentes acordaron en la respectiva junta extraordinaria seguir fabricando y distribuyendo. Cada uno de ellos tuvo una licencia médica de 30 días.

La conducta anterior, en conjunto con el resultado típico producido, puede ser subsumible sin forzar su interpretación en el tipo penal del art. 399 del CP, el cual es la figura básica o residual de los delitos de lesiones y puede ser aplicable en palabras de RETTIG incluso si estas son producidas por modalidades de conducta distintas a las referidas en el artículo 397 del CP.⁷⁵

Lo que en este período podría ser discutible es el título de imputación por el cual deberían responder los gerentes A, B y C, cuando toman la decisión conjunta de seguir fabricando y distribuyendo los esprays. El hecho de los gerentes de votar a favor de la fabricación y distribución del producto para cuero podría ser imputable conforme al art. 15 número 1° del CP.

Para delimitar lo anterior, es preciso referirse a las reglas básicas sobre autoría y participación criminal. La autoría en términos generales consistirá en el título de imputación de responsabilidad penal a las personas que ejecutan un delito. De esta forma si se intentara

⁷⁵ RETTIG (2019), p.272.

desarrollar una tipología de la autoría, podríamos señalar que se tendrán tres figuras fundamentales: la autoría directa; la autoría mediata y la coautoría.⁷⁶

La estructura básica y más elemental de atribución de responsabilidad es la autoría directa, la cual consiste en imputar a una persona a título propio el quebrantamiento de una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada.⁷⁷ Esta forma de atribución de responsabilidad, de acuerdo con ROXIN, es la menos problemática, pues será autor directo quien ejecuta por sí mismo el hecho punible. En esta misma línea y según la “teoría del dominio del hecho”, la cual es ampliamente aceptada en el Derecho penal chileno⁷⁸ será autor quien tiene el dominio del hecho y quien no lo tiene sólo será considerado como partícipe.

La autoría mediata es caracterizada como “dominio de la voluntad”, es decir, alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro.⁷⁹ Es decir, el autor mediato será aquel que, utilizando como instrumento a otra persona, realiza el hecho delictivo.

La coautoría, en cambio, supone que varios sujetos realizan la ejecución en distintos roles o funciones, de tal forma que sus aportes al hecho tomados en sí completan la total realización del tipo.⁸⁰ Una de las particularidades que podríamos denominar distintiva frente a las acciones individuales es que las conjuntas son acciones compuestas, lo que supondrá que toda acción conjunta se constituye a partir de la unificación de dos o más acciones.⁸¹ En definitiva, la coautoría significa que existe una división de trabajo en la cual cada aporte o función será indispensable para la configuración del tipo y el resultado.

En base a la definición anterior, cada gerente actúa en el hecho como coautor, pues existió una división de trabajo entre todos. En otras palabras, mediante esta decisión unánime, los gerentes acuerdan fabricar y poner en circulación un producto cuya peligrosidad era posible de ser reconocida, pues cabe recordar que un especialista les advirtió que no era posible descartar que las lesiones a los consumidores fuesen provocadas por los aerosoles. Es decir, la decisión de seguir fabricando y distribuyendo los esprays no fue una decisión personal del gerente A, B o C, sino que una decisión colectiva por los directivos de la empresa. De esta forma, siguiendo a FRISTER, la comunidad del actuar requerida para la coautoría se funda, en este caso, en que todos los intervinientes ejecutan una decisión común de cometer el hecho delictivo.⁸²

bb) No realización de propia mano de los elementos del tipo

⁷⁶ ROXIN (1970) p. 62.

⁷⁷ GONZÁLEZ (2023), p. 125.

⁷⁸ Al respecto, véase MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 498-502; VAN WEEZEL (2023), p. 346.

⁷⁹ ROXIN (1970), p. 62

⁸⁰ ROXIN (1970), p. 65; véase también a OTTO (2017) pp. 457-460

⁸¹ GONZÁLEZ (2023), p.149.

⁸² FRISTER (2011), p. 557.

Para imputar los hechos del caso en análisis a título de coautor a cada uno de los gerentes, estos no deben haber realizado de propia mano los elementos del tipo de lesiones menos graves del art. 399 del CP, esto significa, en el presente caso, que ninguno de los gerentes debería haber tomado por sí solo la decisión de continuar con la fabricación y distribución del producto, que posteriormente causa las lesiones en los consumidores

Lo anterior ocurre ya que la decisión de seguir fabricando y distribuyendo los esprays para cuero es tomada de forma unánime por los tres gerentes-directivos de la empresa W&M.

Es en la reunión extraordinaria del 12 de mayo, en la cual un especialista en enfermedades respiratorias les señala a los gerentes que no podía determinar la causa exacta de por qué el producto estaba causando las lesiones, pero que tampoco se podía descartar que estas siguieran produciéndose si no se retiraba del mercado, cuando A, en conjunto con B y C, toman la decisión conjunta de continuar con la fabricación y distribución de los esprays.

En este sentido, debemos tener presente que la coautoría aparece limitada por la exigencia de que este proyecto común que vincula los aportes al hecho tiene que estar dirigido a una acción unitaria⁸³. Así, entonces, los distintos gerentes de la empresa W&M actúan con división de trabajo pues cada uno de ellos vota a favor de la continua fabricación y distribución de los esprays.

De esta forma cuando estamos frente a decisiones de entes colectivos y tal como lo argumentó el párrafo 25 II StGB, “el comportamiento individual de cada partícipe puede ser atribuido al otro”, lo anterior para el Tribunal Supremo Alemán, es todo lo que exige y requiere la imputación por coautoría.⁸⁴

Incluso, para complementar lo anterior, los estatutos de la empresa W&M, sostenían que cada decisión debía tomarse con 2/3 de los votos, lo que reafirma la idea de que cada gerente no podía decidir de manera individual, en consecuencia, no podía realizar de propia mano los elementos del tipo analizado.

Por lo tanto, en el caso en estudio, y tal como se señaló anteriormente, es posible afirmar que ninguno de los tres gerentes tomó por sí solo la decisión de continuar con la fabricación y distribución de los productos, sino que existió una decisión del hecho común entre los gerentes A, B y C.

cc) Imputación conforme al art. 15 n°1 del CP

Para para imputar la conducta de la decisión de fabricación y distribución de los productos de los gerentes conforme al art. 15 n°1 del CP, habría que partir de la base de delimitar la coautoría con la complicidad. En este sentido, una teoría coherente del dominio del hecho insistirá siempre en que los aportes tienen que ser prestados en la fase de ejecución del delito

⁸³ FRISTER (2011), p. 561

⁸⁴ HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1995), p. 183

para que puedan llegar a fundamentar la coautoría.⁸⁵ En este sentido, debemos analizar dos cuestiones fundamentales o bien dos requisitos de la coautoría. Por una parte, la existencia de un plan común del hecho y la realización del común del hecho.

En primer lugar, respecto a la decisión común de ejecutar el hecho típico, la coautoría exige el acuerdo recíproco, basado en un querer común, de ejecutar un determinado hecho y mediando división de trabajo. Lo anterior será la clave de la coautoría.⁸⁶ Por otra parte, respecto a la ejecución o realización conjunta del hecho, lo indispensable será que el coautor se halle presente en el lugar del hecho y corresponder de tal manera una función autónoma en el marco del plan.⁸⁷

En este sentido, la coautoría se fundamenta básicamente en el principio de la actuación con base en la división de tareas y en el reparto funcional de roles, por lo que cada interviniente será, de acuerdo con WESSELS, BEULKE y SATZGER, un *asociado en igualdad de condiciones*, que será portador de la decisión o plan común del hecho y de la realización conjunta del tipo.⁸⁸

Debido a lo anterior, en el caso en estudio, los gerentes A, B y C, al decidir en forma unánime seguir fabricando y distribuyendo los aerosoles, han entregado aportes de relevancia ejecutiva para la comisión del hecho punible de lesiones menos graves del art. 399 del CP, lo cual se vincula con la forma de coautoría ejecutiva regulada en el art. 15 núm. 1 del CP.

b. Tipo subjetivo (+)

El gerente A, en conjunto con B y C, tendrían que haber actuado con dolo respecto del hecho principal consistente en la decisión de seguir fabricando y distribuyendo los aerosoles. Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, los tipos penales que se configuran por la fabricación y distribución, se tratará, por regla general, de una imputación a título imprudente y excepcionalmente a título de dolo.⁸⁹ Lo anterior se explica ya que los fabricantes normalmente confiarán en que los productos que distribuyen y comercializan no dañarán a los consumidores, pues resultaría del todo irrisorio que estos tuviesen interés en que su marca cayera en desprestigio por fabricar, por ejemplo, aerosoles para cuero defectuosos.

Sin embargo, en este segundo período del caso en estudio, se podría afirmar que existió una conducta dolosa de lesiones menos graves por parte de los gerentes A, B y C, cuando decidieron de forma conjunta continuar con la fabricación y distribución del producto. Lo anterior, debido a que en la junta extraordinaria celebrada con fecha 12 de mayo y, en base a la información que les dio el experto cuando les advierte que no se podía determinar la causa exacta de por qué el producto estaba provocando lesiones, pero que tampoco descartaba esta

⁸⁵ VAN WEEZEL (2023), p. 354.

⁸⁶ VAN WEEZEL (2023), p. 354.

⁸⁷ VAN WEEZEL (2023), p. 354; también OTTO (2017), pp. 457-458.

⁸⁸ WESSELS *et al.* (2018), p. 366.

⁸⁹ CONTRERAS (2018), p.90.

vinculación, los gerentes A, B y C, no podían excluir la posibilidad de que siguieran presentándose nuevos casos en el futuro. Por lo tanto, como dichos gerentes partían de la base de una incertidumbre para el bien jurídico, concurriría en este caso una hipótesis de dolo eventual.

En términos generales, el dolo eventual o condicionado existirá cuando el autor considera “seriamente la posibilidad de que comportamiento conduzca a la realización del tipo legal y se conforma con ello”.⁹⁰ Es decir, actúa con dolo eventual el sujeto que acepta el riesgo que podría ocasionar su conducta. En este sentido, cuando el especialista les realiza la advertencia a los gerentes, estos ya sabían que era posible que la conducta de seguir fabricando y distribuyendo los aerosoles para cuero provocara nuevamente casos de lesiones en el futuro. Se representaron tal posibilidad y la aceptaron conjuntamente.

Por lo tanto y, en base a la definición anterior, los gerentes A, B y C, al representarse y aceptar la posibilidad de que se siguieran produciendo nuevos casos de lesiones en los consumidores por el uso del spray para cuero –luego de la advertencia del especialista–, actuaron con dolo eventual.

c. Antijuridicidad y culpabilidad

En este caso no se presentan causales de justificación ni de exculpación, por lo que concurre la antijuridicidad y culpabilidad del hecho.

Por lo tanto, los gerentes A, B y C son responsables penalmente a título de coautores del delito doloso de lesiones menos graves del art. 399 en relación con el art. 15 núm. 1° del CP.

2. Art. 397 n°2 del Código Penal (-)

En la medida que el gerente A, en conjunto con los gerentes B, y C –luego de la respectiva junta directiva celebrada con fecha 12 de mayo y el informe toxicológico respectivo – deciden continuar con la fabricación y distribución el producto, el cual vuelve a ser utilizado por un grupo de personas, en el cual dos consumidores sufren problemas respiratorios consistentes en edemas pulmonares, con una licencia médica de 30 días cada uno, dichos gerentes podrían ser responsables por las lesiones graves o simplemente graves del art. 397 n°2 del CP.

a. Tipicidad

aa) Tipo objetivo (-)

⁹⁰ WESSELS *et al.* (2018), p.138; al respecto, véase también a ROXIN (1997), pp. 424 y ss.; HILGENDORF y VALERIUS (2015), p. 77; FRISTER (2011), p. 225.

Se consideran lesiones simplemente graves aquellas que consisten en *herir, golpear o maltratar de obra* y cuyo resultado produzca en el ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días. Durante este primer complejo de hechos del segundo período en análisis, se presentaron ocho nuevos casos de lesiones en los consumidores provocados por los esprays, de los cuales solo dos tuvieron su origen en nuevas partidas fabricadas y distribuidas luego de la sesión extraordinaria del 12 de mayo. Ambos casos de personas tuvieron una licencia médica por 30 días cada una.

En principio, el resultado de la licencia médica de ambas personas lesionadas por las nuevas partidas del producto podría adecuarse el resultado exigido por el art. 397 n°2 del CP. Sin embargo y tal como se hizo referencia anteriormente (*Vid. Supra* p. 14-15), nuestro Código Penal restringe el castigo de las lesiones a aquellas que sólo son producidas a través de los verbos rectores *herir, golpear o maltratar de obra* y, si bien la fabricación y distribución de un producto (en este caso los esprays para cuero) corresponden a conductas activas, al igual que las descritas en el tipo penal de lesiones, si ambas conductas (de fabricación y distribución) se analizan semánticamente no coinciden.⁹¹

Por lo tanto, los gerentes A, B y C no son responsables por el delito del art. 397 n°2 del Código Penal, pues la conducta típica de este tipo penal no se adecúa con la conducta de fabricar y distribuir productos defectuosos.

3. Art. 391 n°2 en relación con el art. 7 inc. 2°, todos del Código Penal, respecto de los consumidores del espray (-)

En la medida que el gerente A, en conjunto con los gerentes B y C –luego de la respectiva junta directiva celebrada con fecha 12 de mayo y el informe toxicológico respectivo – deciden continuar con la fabricación y distribución del producto, el cual es utilizado por un grupo de personas, en el cual dos consumidores sufren daños en su salud, consistentes en edemas pulmonares, con una licencia médica de 30 días cada uno, dichos gerentes podrían ser hechos responsables de un homicidio frustrado respecto de los consumidores. Las personas que utilizaron el espray no murieron.

a. Tipicidad

aa) Tipo subjetivo (-)

Los gerentes A, B y C, tendrían que haber actuado con dolo de matar respecto de los consumidores del producto.

El dolo consiste en términos generales en conocer y querer la realización de la conducta típica, es decir, debe tener dos elementos principales; un elemento cognoscitivo que

⁹¹ La discusión sobre los medios comisivos materiales o morales del delito de lesiones en términos generales fue tratada anteriormente en el punto núm. 1 del primer complejo de hechos de este trabajo, pp. 14 y ss.

consistirá en el conocimiento del supuesto de hecho contenido en el tipo y un elemento volitivo cuyo aspecto central será el conocimiento.⁹²

En base a la definición anterior, al momento de decidir continuar con la fabricación y distribución de los esprays, la intención y voluntad de los gerentes A, B y C, no estaba dirigida a causar el resultado típico del delito de homicidio.

Por lo demás, resulta del todo lógico pensar que los fabricantes cuando introducen productos en el mercado no tienen la intención de afectar la salud o la vida –en este caso– de los consumidores. Pues, los fabricantes siempre estarán interesados en que sus productos no caigan en descrédito⁹³ o en evitar crear riesgos desaprobados para los consumidores.

Por lo tanto, los gerentes A, B y C no son responsables del delito de homicidio frustrado del art. 391 n°2 en relación con el art. 7 inc. 2°, todos del Código Penal.

4. Art. 314 del Código Penal (+)

En la medida que el gerente A, en conjunto con los gerentes B y C, –luego de la respectiva junta directiva celebrada con fecha 12 de mayo y el informe toxicológico respectivo – deciden continuar con la fabricación y distribución del producto, el cual es utilizado por un grupo de personas, en el cual dos consumidores sufren daños en su salud, consistentes en edemas pulmonares, con una licencia médica de 30 días cada uno, dichos gerentes podrían ser responsables por expender sustancias peligrosas para la salud del art. 314 del CP.

a. Tipo

aa) Tipo objetivo (+)

Los gerentes A, B y C podrían ser responsables por expender sustancias peligrosas para la salud, respecto de los consumidores del spray. En este sentido es relevante entender conceptualmente la expresión “expender”. Según la lengua castellana la palabra expender significa “vender al público”⁹⁴. Sin embargo, en la historia del artículo 314 se puede ofrecer otra dimensión conceptual. El artículo 314 en la versión original del Código Penal utilizaba la misma expresión “*espendiere*” y además la expresión “*fabricare*”. El asunto es que en el siglo XIX este verbo tenía otra significación. Según ESCRICHE, el “expendedor” es el que secreta y cautelosamente va vendiendo, distribuyendo o introduciendo en el comercio los efectos de un delito como las “monedas falsas”, “las cosas hurtadas o robadas” o “las de contrabando”.⁹⁵ Por lo tanto, el uso del verbo expender tiene un propósito por parte del legislador que va más allá de comercializar ciertas sustancias nocivas para la salud.

⁹² Al respecto, véase RETTIG (2019) pp. 507 y ss.; WESSELS *et al.* (2018), p. 132; Véase también a VAN WEEZEL (2023) pp. 420 y ss.

⁹³ CONTRERAS (2018), p. 90.

⁹⁴ RAE.

⁹⁵ ESCRICHE (1851), p.662.

En este sentido, para analizar el tipo penal referido hay que partir de la base que estamos en presencia de un delito de peligro cuyo bien jurídico protegido es la salud pública y que puede ser cometido por cualquier persona.⁹⁶ Ahora bien, cuando el tipo penal en comento hace referencia a “*otras sustancias peligrosas*”, solo se limita a establecer que estas sean distintas de las señaladas en el artículo anterior,⁹⁷ esto es, sustancias medicinales deterioradas o adulteradas en su especie. Por lo tanto, las sustancias que quedarían comprendidas en este tipo penal serían todas las demás, por ejemplo, cosméticos, insecticidas, pesticidas, entre otras, pero no las alimenticias, cuyo caso está especialmente regulado en el artículo 315 del CP.⁹⁸

Ahora bien, las sustancias deben tener un carácter de peligrosas para la salud, esto podría suponer, siguiendo a ETCHEBERRY, que, al hacer un uso diverso del indicado, puedan ocasionar daño a la vida o a la salud de las personas.⁹⁹ Es por esta razón que el mismo art. 314 establece además que la expendición de sustancias se debe realizar contraviniendo las disposiciones legales o reglamentarias establecidas en consideración a la peligrosidad de dichas sustancias. Esto significa que para prevenir tales consecuencias se debería señalar una advertencia en el etiquetado o envase de su carácter nocivo.¹⁰⁰

Por lo tanto, como el tipo penal en comento no restringe ni limita a alguna otra clase de sustancia específica de lo ya señalado anteriormente, estas serían completamente compatibles con los aerosoles para cuero fabricados por la empresa W&M que, luego de tomar conocimiento de que estos estaban provocando ciertas lesiones en los consumidores, no lo advirtieron respectivamente. De esta forma, siguiendo a CONTRERAS, el delito del art. 314 y también los delitos del art. 313D y 315 del CP, al ser delitos de peligro, “captan penalmente la mera elaboración o colación en el mercado de productos defectuosos, con la aptitud de crear riesgos para la vida o salud de los consumidores.”¹⁰¹

En razón de lo anterior, los gerentes A, B y C, cuando toman la decisión de fabricar y distribuir los esprays para cuero, luego de la sesión extraordinaria del 12 de mayo, incurren en la conducta típica descrita en el art. 314 del CP. Incluso de acuerdo a lo señalado por LONDOÑO, debido a las características de la conducta punible en este tipo penal es del todo esperable que se le pueda atribuir a quienes ocupen posiciones de administración o de responsabilidad general en el seno de las empresas¹⁰², como efectivamente ocurre en el caso en estudio.

bb) Tipo subjetivo (+)

⁹⁶ LONDOÑO (2019), p. 472.

⁹⁷ El artículo anterior al que hace referencia el tipo penal en estudio es el art. 313 D del Código Penal, el cual sanciona al que fabricare o a sabiendas expendiere sustancias medicinales deterioradas o adulteradas en su especie.

⁹⁸ ETCHEBERRY (1997), p. 288.

⁹⁹ ETCHEBERRY (1997), p. 288.

¹⁰⁰ Al respecto, véase ETCHEBERRY (1997), p. 288 y LONDOÑO (2019), p. 477.

¹⁰¹ CONTRERAS (2019b), p.21.

¹⁰² LONDOÑO (2019) p. 473.

Los gerentes A, B y C, tendrían que haber actuado con dolo respecto al hecho principal consistente en la decisión de seguir fabricando y distribuyendo los aerosoles. Sabemos que, el dolo, en términos generales, determinará la orientación y finalidad del comportamiento, constituyendo la voluntad de realización de un tipo penal con el conocimiento de todas sus circunstancias fácticas.¹⁰³

De esta manera y, de acuerdo con las exigencias subjetivas del tipo penal analizado, podríamos afirmar que, por aplicación de las reglas generales, este exige dolo. A su vez, a diferencias de, por ejemplo, el tipo del art. 313D, el art. 314 del CP no exige en su descripción un expendio de sustancias peligrosas a *sabiendas o maliciosamente*, razón por la cual resultaría suficiente acreditar la concurrencia de un dolo eventual. Sin perjuicio de que el inciso segundo del art. 317 disponga, bajo determinadas circunstancias, la punibilidad de la realización imprudente del tipo.¹⁰⁴

El dolo eventual o condicionado, como se ha definido anteriormente (*Vid. Supra* pp. 32-33), consiste en que “*el autor considera seriamente la posibilidad de que su comportamiento conduzca a la realización del tipo legal y se conforma con ello*”¹⁰⁵, es decir, el autor acepta el riesgo que podría ocasionar su conducta. En base a la definición anterior y, teniendo en consideración la advertencia del especialista en la junta extraordinaria del 12 de mayo, los gerentes A, B y C, actuaron con dolo eventual, pues no podían excluir la posibilidad de que siguieran produciéndose nuevos casos de lesiones en el futuro por expender sustancias peligrosas para la salud (los aerosoles para cuero). Es decir, existió en este caso una incertidumbre para el bien jurídico protegido, la cual fue aceptada por parte de los gerentes al momento de tomar la decisión

En consecuencia, en el caso en estudio, se cumpliría con la exigencia subjetiva del tipo del art. 314 del CP, toda vez que los gerentes de la empresa fabricante al tomar la decisión de continuar con la fabricación y distribución de los aerosoles, les fue posible advertir los posibles resultados nocivos para la salud de los consumidores y, aun así, lo aceptaron y actuaron.

b. Antijuridicidad y culpabilidad (+)

En este caso no se presentan causales de justificación ni de exculpación, por lo que concurre la antijuridicidad y culpabilidad del hecho.

Por lo tanto, los gerentes A, B y C son responsables por expender sustancias peligrosas para la salud de acuerdo con lo establecido en el art. 314 del CP.

¹⁰³ WESSELS *et al.* (2018), p. 132; Véase también a VAN WEEZEL (2023), pp. 420 y ss.; RETTIG (2019), pp. 507 y ss.

¹⁰⁴ LONDOÑO (2019) p. 480.

¹⁰⁵ WESSELS *et al.* (2018), p. 138.

5. Concurso entre los delitos de lesión del art. 399 y de peligro del art. 314, ambos del CP

Existirá concurso de delitos cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos. Al primer caso se le denominará concurso ideal, mientras que al segundo un concurso real.¹⁰⁶ En lo que aquí corresponde aplicar al caso en análisis me referiré a la estructura del concurso ideal.

En este sentido, habrá concurso ideal cuando un sólo hecho constituya dos o más infracciones. Este tipo de concurso está regulado actualmente en el art. 75 del CP¹⁰⁷, disponiendo que para tal efecto sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave.

Cuando nos referimos al concurso ideal, debemos primeramente determinar cuándo estamos ante un solo hecho, para ello, un sector de la doctrina suele utilizar el término de “unidad de acción”, en este sentido, un hecho único es la unidad espacio temporal dentro de la cual se realiza al menos un tipo penal y si en esta unidad espaciotemporal se realizan los presupuestos de otro tipo penal o de otros tipos penales, entonces estaremos en presencia de un solo hecho que constituye dos o más delitos y, por tanto, se aplicará el art. 75 del CP.

Ahora bien, en el caso en análisis, existe por lo tanto un concurso ideal entre dos tipos penales que se configuran. Es decir, existe un solo hecho, esto es, la decisión de los gerentes A, B y C de continuar fabricando y distribuyendo los aerosoles para cuero, que configura por una parte un delito de lesión y por otra un delito de peligro.

Delito de lesión es aquel al cual pertenece un daño al objeto de la acción, lo cual supone un daño real en los bienes jurídicos protegidos¹⁰⁸. Es decir, la ley describe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo de un bien jurídico.¹⁰⁹ En este caso, el tipo penal de lesiones menos graves del art. 399 del CP, constituye un delito de lesión.

Por el contrario, delito de peligro es aquel en el cual basta con la producción de una situación de peligro para el objeto de producción previsto en el tipo¹¹⁰. Los delitos de peligro a su vez se pueden clasificar en delitos de peligro concreto, los cuales son aquellos en que la ley requiere expresamente la creación de una efectiva situación de peligro constable¹¹¹; y en

¹⁰⁶ MIR PUIG (2006), p. 646; véase también a CEREZO MIR (2005b), pp. 303 y 309, sobre concurso ideal y concurso real, respectivamente; OTTO (2017), pp. 519 y 520; WEESELS *et al.* (2018), p. 534; VAN WEEZEL (2023), p.487

¹⁰⁷ Artículo 75 del Código Penal: “La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer otro. En estos casos solo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave”.

¹⁰⁸ WEESELS *et al.* (2018), p.17.

¹⁰⁹ MIR PUIG (2006), p. 229.

¹¹⁰ WEESELS *et al.* (2018), p.17.

¹¹¹ MIR PUIG (2006), pp. 229 y ss.

delitos de peligro abstracto, los cuales se basan en la presunción legal de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto de protección.¹¹² En este caso, el tipo penal de expender sustancias peligrosas del art. 314 del CP, constituye o se ajusta, siguiendo a LONDOÑO, con el modelo de un delito de peligro abstracto o de aptitud o idoneidad.¹¹³

Debido a lo anterior y de acuerdo a los antecedentes del caso en estudio ya analizados, podemos determinar que existe –por tanto– un concurso ideal entre un delito de lesión, este es, las lesiones menos graves del art. 399 del CP y un delito de peligro, este es, expender sustancias peligrosas del art. 314 del CP. Esto pareciera ser la solución más lógica en el ámbito de responsabilidad penal por los productos, pues será la única capaz de lograr que la respectiva sentencia condenatoria exprese cabalmente los distintos injustos cometidos por el fabricante, cuando este, además de poner en riesgo los bienes jurídicos de un número indeterminado de consumidores, daña de forma efectiva a alguno de ellos.¹¹⁴

Por lo tanto, se configura en el caso en estudio un concurso ideal entre los delitos de lesión del art. 399 y de peligro del art. 314, ambos del CP, por la conducta desplegada por los gerentes A, B y C consistente en continuar con la fabricación y distribución de los productos.

6. Resultado para los gerentes A, B y C respecto del complejo de hechos 2.1

Los gerentes A, B y C son responsables penalmente a título de coautores por el delito de lesiones menos graves dolosas por acción del art. 399, en relación con el art. 15 n°1, en concurso ideal con el delito doloso de expendio sustancias peligrosas para la salud del art. 314, todos del Código Penal.

2.2 La decisión de no retirar el producto del mercado

I. La punibilidad de los gerentes A, B y C

1. Art. 399, en relación con el art. 15 núm. 1°, ambos del Código Penal (+)

En la medida que el gerente A, en conjunto con los gerentes B y C –luego de la respectiva junta directiva celebrada con fecha 12 de mayo y el informe toxicológico respectivo–

¹¹² WESSELS *et al.* (2018), p.17.

¹¹³ Al respecto, véase a LONDOÑO (2019), p. 479. Sostiene el autor mencionado que el art. 314 del CP, al tratarse de un delito de mera actividad que no exige un resultado material separable de la conducta, para que se logre configurar, deberá apreciarse el peligro que se pretende evitar. De esta manera, ese peligro deberá estar referido a la salud individual de un número indeterminado de personas y el objeto del expendio deberá tratarse efectivamente de una sustancia peligrosa, sin la necesidad de probar que una persona experimentó un peligro para su salud.

¹¹⁴ CONTRERAS (2019a), p. 380.

deciden no retirar el producto del mercado, el cual vuelve a ser utilizado por un grupo de personas, en el cual seis consumidores sufren problemas respiratorios consistentes en edemas pulmonares, con una licencia médica de 30 días cada uno, dichos gerentes podrían ser responsables a título de coautores por las lesiones menos graves de estos.

a. Tipo objetivo (+)

aa) Características especiales de la autoría

Seis consumidores resultaron lesionados y con problemas respiratorios debido al uso del spray por las partidas de productos que no se retiraron del mercado. Cada uno de ellos tuvo una licencia médica de 30 días.

La conducta omisiva de no retirar los productos del mercado, en conjunto con el resultado típico producido, puede ser subsumido sin forzar su interpretación en el tipo penal del art. 399 del CP, la cual, como ya hemos mencionado anteriormente, es la figura básica o residual de los delitos de lesiones.

Lo que en este segundo complejo de hechos podría ser discutible es el título de imputación por el cual deberían responder los gerentes A, B y C, cuando toman la decisión conjunta de no retirar del mercado los aerosoles para cuero, posterior a la junta extraordinaria del 12 de mayo y el respectivo informe toxicológico otorgado por el especialista. Todos los gerentes de forma unánime decidieron no retirar los productos del mercado, por lo que tal conducta podría ser imputable conforme a título de coautoría.

Para delimitar lo anterior, es necesario tener presente las reglas básicas sobre autoría y participación criminal (*Vid. Supra pp. 29-30*). La coautoría, como ya se ha definido anteriormente, supone que varios sujetos realizan la ejecución en distintos roles o funciones.¹¹⁵ La coautoría se diferencia de las otras formas de autoría (directa y mediata), en que esta supone la realización del tipo mediante una “ejecución con división de trabajo”¹¹⁶, lo que será la base fundamental de esta forma de intervención criminal.

De acuerdo con la definición anterior, en el caso en análisis, cada gerente actuó con división de trabajo cuando deciden de forma unánime, en la junta extraordinaria del 12 de mayo, no retirar del mercado los aerosoles para cuero, cuya peligrosidad era posible de ser reconocida, pues un especialista les advirtió que no era posible descartar que se produjeran nuevos casos de lesiones.

Por lo tanto, en base a los argumentos señalados, los gerentes A, B y C, actuaron como coautores, al ejecutar una decisión común de cometer el hecho delictivo cuando deciden no retirar el producto del mercado.

¹¹⁵ ROXIN (1970), p. 65.

¹¹⁶ ROXIN (2014), p. 146.

bb) No realización de propia mano de los elementos del tipo

Para imputar el hecho del caso en análisis a título de coautor a cada uno de los gerentes, estos no deben haber realizado de propia mano los elementos del tipo de lesiones menos graves del art. 399 del CP (*Vid. Supra* p. 31). Esto significa, en el presente caso, que ninguno de los gerentes debería haber tomado por sí solo la decisión de no retirar el producto del mercado, que posteriormente causa las lesiones en los consumidores.

Lo anterior ocurre ya que la decisión de no retirar los esprays para cuero del mercado es tomada de forma unánime por los tres gerentes-directivos de la empresa W&M.

Es en la reunión extraordinaria del 12 de mayo, en la cual un especialista en enfermedades respiratorias les señala a los gerentes que no podía determinar la causa exacta de por qué el producto estaba causando lesiones, pero que tampoco se podía descartar que estas siguieran produciéndose si no se retiraba del mercado, cuando A, en conjunto con B y C, toman la decisión conjunta de no retirar los aerosoles para cuero.

Los estatutos de la empresa W&M establecían que cada decisión debía tomarse con 2/3 de los votos, por lo que este antecedente reafirma la idea de que los gerentes no podían realizar de manera individual o de propia mano los elementos del tipo, porque cada voto por separado no era suficiente. Además, se debe tener en cuenta que los gerentes A, B y C constituían la cúpula gerencial de la empresa y los deberes de retirada no se delegaban en ningún otro miembro de la organización.

Por lo anterior, sería posible afirmar que, en el caso en estudio, ninguno de los tres gerentes tomó por sí solo la decisión de no retirar del mercado los aerosoles, sino que existió una decisión del hecho común entre los gerentes de la empresa W&M.

cc) Imputación conforme al art. 15 n°1 del CP

Para poder imputar la conducta de la decisión de no retirar las partidas de productos de los gerentes conforme al art. 15n°1 del CP, habría que partir de la base de delimitar la coautoría con la complicidad (*Vid. Supra* p. 32).

De esta forma, para sostener que, en el caso en estudio, estamos frente a una coautoría por parte de los gerentes A, B y C, debemos tener presente que esta forma de intervención delictiva, como se mencionó anteriormente, se fundamenta básicamente en el principio de la actuación con base en la división de trabajo y en el reparto funcional de roles.¹¹⁷ La coautoría supone, por una parte, la existencia de un plan común del hecho y, por otra, la realización común del hecho.

En virtud de lo anterior, en el caso en estudio, los gerentes A, B y C, al decidir de forma unánime no retirar del mercado los productos para cuero, han entregado aportes de relevancia ejecutiva para la comisión del hecho punible de lesiones menos graves del art. 399 del CP, lo cual ser vincula con la forma de coautoría regulada en el art. 15 n°1 del CP.

¹¹⁷ WESSELS *et al.* (2018), p. 366.

Ahora bien, podría ser discutible la aplicación de la coautoría conforme al art. 15 n°3 CP, pues la decisión conjunta de no retirar el producto del mercado se podría considerar para algunos como una conducta no ejecutiva. Sin embargo, el problema es que el artículo en comento no abarca todas las formas de conductas no ejecutivas, sino que sólo algunas formas específicas (facilitar los medios con que se lleva a efecto el hecho o presenciarlo sin tomar parte inmediata en él), que no calzan con la conducta de la no retirada de un producto del mercado.

Por lo anterior, la decisión común de los gerentes A, B y C de no retirar los aerosoles del mercado, luego de la junta extraordinaria del 12 de mayo, supone los presupuestos básicos exigidos por la coautoría para ser sancionados conforme al art. 15 n°1 del CP.

b. Tipo subjetivo (+)

El gerente A, en conjunto con los gerentes B y C, tendrían que haber actuado con dolo respecto del hecho principal consistente en la decisión de no retirar del mercado el *producto*.

Tal como fue explicado anteriormente (*Vid. Supra* p. 32-33), en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, los tipos penales que configuran se castigarán, por regla general, a título de imprudencia y excepcionalmente a título de dolo.¹¹⁸

Sin perjuicio de lo anterior, se podría afirmar que el hecho analizado en este apartado, consistente en la decisión conjunta por parte de los gerentes de no retirar del mercado el producto, configura una conducta dolosa, específicamente una hipótesis de dolo eventual.

Lo anterior se explica porque en la junta extraordinaria del día 12 de mayo y en base a la advertencia e información otorgada por el experto, cuando les señala que no se podía determinar la causa exacta de por qué el producto estaba causando lesiones en los consumidores, pero que tampoco descartaba esta vinculación, los gerentes A, B y C, no podían excluir la posibilidad de que siguieran presentándose nuevos casos en el futuro.

El dolo eventual, en términos generales, existirá cuando el autor considera “seriamente la posibilidad de que su comportamiento conduzca a la realización del tipo legal y se conforma con ello”.¹¹⁹ Esto quiere decir, que actuará con dolo eventual, el sujeto que acepta el riesgo que podría ocasionar su conducta¹²⁰. En este sentido, cuando el especialista les realiza la advertencia a los gerentes, estos ya sabían que era posible que la conducta de no retirar las partidas de productos del mercado provocara nuevos casos de lesiones. Los gerentes A, B y C, se representaron la posibilidad de incertidumbre y la aceptaron conjuntamente.

¹¹⁸ CONTRERAS (2018), p. 90.

¹¹⁹ WESSELS *et al.* (2018), p. 138.

¹²⁰ Sobre el concepto de dolo eventual véase también a ROXIN (1997), pp. 424 y ss.; HILGENDORF y VALERIUS (2015), p. 77; FRISTER (2011), p. 225.

Por lo tanto, en base a la definición anterior, los gerentes A, B y C, al representarse y aceptar la posibilidad de que se siguieran produciendo nuevos casos de lesiones en los consumidores por el uso del espray para cuero –luego de la advertencia del especialista–, actuaron con dolo eventual.

c. Antijuridicidad y culpabilidad (+)

En este caso no se presentan causales de justificación ni de exculpación, por lo que concurre la antijuridicidad y culpabilidad del hecho.

Por lo tanto, los gerentes A, B y C son responsables a título de coautores del delito doloso de lesiones menos graves del art. 399 por omisión, en relación con el art. 15 núm. 1° del CP.

2. Art. 397 n°2 del Código Penal (-)

En la medida que el gerente A, en conjunto con los gerentes B y C –luego de la respectiva junta directiva celebrada con fecha 12 de mayo y el informe toxicológico respectivo– deciden no retirar del mercado el producto, el cual vuelve a ser utilizado por un grupo de personas, en el cual seis consumidores sufren problemas respiratorios consistentes en edemas pulmonares, con una licencia médica de 30 días cada uno, dichos gerentes podrían ser responsables por las lesiones graves o simplemente graves del art. 397 n°2 del CP.

a. Tipicidad

aa) Tipo objetivo (-)

Se consideran lesiones simplemente graves aquellas que consisten en *herir, golpear o maltratar de obra* y cuyo resultado produzca en el ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días. Durante este segundo complejo de hechos del segundo período en análisis se presentaron ocho nuevos casos de lesiones en los consumidores provocados por los esprays, de los cuales seis fueron provocados por unidades que no se retiraron del mercado luego de la sesión extraordinaria del 12 de mayo. Cada caso tuvo una licencia médica por 30 días.

Si bien en principio, el resultado de las licencias médicas de las personas afectadas en este segundo período por las partidas del producto que no se retiraron del mercado, podría adecuarse al resultado exigido por el art. 397 n°2 del CP, esto no es posible debido a la naturaleza de las conductas típicas de este tipo penal, cual corresponde a un delito de acción

Por lo demás, como ya he reiterado anteriormente (*Vid. Supra* pp. 14-15), el Código Penal restringe el castigo de las lesiones simplemente graves a aquellas que se producen únicamente a través de los verbos rectores *herir, golpear o maltratar de obra* – las cuales consisten en comportamientos activos–, por lo cual no sería posible imputar este tipo penal a la conducta de no retirar del mercado un determinado producto, pues este es un comportamiento omisivo.

Por lo tanto, como no se cumple con la conducta típica, no corresponde castigar a los gerentes A, B y C por el delito del art. 397 n°2 del Código Penal, puesto que este corresponde a un delito de acción y la conducta de aquellos en este segundo período fue omisiva.

3. Art. 391 n°2 en relación con el art. 7 inc. 2°, todos del Código Penal, respecto de los consumidores del espray (-)

En la medida que el gerente A, en conjunto con los gerentes B y C—luego de la respectiva junta directiva celebrada con fecha 12 de mayo y el informe toxicológico respectivo—deciden no retirar del mercado el producto, el cual es utilizado por un grupo de personas, en el cual seis consumidores sufren daños en su salud, consistentes en edemas pulmonares, con una licencia médica de 30 días cada uno, dichos gerentes podrían ser hechos responsables de un homicidio frustrado respecto de los consumidores. Las personas que utilizaron el espray no murieron.

a. Tipicidad

aa) Tipo subjetivo (-)

Los gerentes A, B y C, tendrían que haber actuado con dolo de matar respecto de los consumidores del producto.

El dolo, en términos generales y de acuerdo con la doctrina tradicional y mayoritaria, consiste en conocer y querer la realización de la conducta típica. Por lo demás, debe tener dos elementos principales: un elemento cognitivo y un elemento volitivo.¹²¹ Es decir, quien actúa con dolo debe tener la intención de querer causar el resultado.

En base a la definición anterior, al momento de decidir no retirar del mercado las partidas de aerosoles para cuero, la intención y voluntad de los gerentes A, B y C no estaba dirigida a causar el resultado típico del delito de homicidio.

Por lo demás, resulta del todo lógico pensar que los fabricantes cuando introducen productos en el mercado no tienen la intención de afectar la salud o la vida —en este caso— de los consumidores. Pues, los fabricantes siempre estarán interesados en que sus productos no caigan en descrédito¹²² o en evitar crear riesgos desaprobados para los consumidores.

Por lo tanto, los gerentes A, B y C no pueden ser responsables del delito de homicidio frustrado del art. 391 n°2 en relación con el art. 7 inc. 2, todos del Código Penal.

4. Art. 314 del Código Penal (-)

¹²¹ Al respecto, véase RETTIG (2019), pp. 507 y ss.; WESSELS *et al.* (2018), p. 132; Véase también a VAN WEEZEL (2023), pp. 420 y ss.

¹²² CONTRERAS (2018), p. 90.

En la medida que los gerentes A, B y C –luego de la respectiva junta directiva celebrada con fecha 12 de mayo y el informe toxicológico respectivo– deciden no retirar del mercado el producto, el cual vuelve a ser utilizado por un grupo de personas en el cual seis consumidores problemas respiratorios consistentes en edemas pulmonares, con una licencia médica de 30 días cada uno, dichos gerentes, podrían ser responsables por expender sustancias peligrosas para la salud del art. 314 del CP.

- a. Tipicidad
 - aa) Tipo objetivo (-)

Los gerentes A, B y C podrían ser responsables por expender sustancias peligrosas para la salud, respecto de los consumidores del espray. Como ya fue analizado anteriormente (*Vid. Supra* pp. 28 y 36), la naturaleza de la conducta típica “expender” se basa en una conducta activa. La conducta que está siendo analizada en este segundo complejo de hechos del período doloso es una conducta omisiva, que consistió en la no retirada de los aerosoles para cuero, la cual no se adecúa con el verbo rector exigible en el tipo penal referido.

Es decir, el delito de expendio de sustancias peligrosas para la salud no puede ser cometido por omisión¹²³, por lo que la conducta por parte de los gerentes de no retirar del mercado los productos, no podría ser subsumible en este tipo penal.

Por lo tanto, como no se cumple con la conducta típica, no corresponde castigar a los gerentes A, B y C por el delito del art. 314 del CP.

5. Resultado para el gerente A, B y C respecto del complejo de hechos 2.2.

Los gerentes A, B y C, son responsables penalmente a título de coautores por el delito de lesiones menos graves dolosas por omisión del art. 399 en relación con el art. 15 n°1 del Código Penal.

¹²³ LONDOÑO (2019) p. 478.

3.- RESULTADO GENERAL: La punibilidad de los gerentes A, B y C

Respecto al primer complejo de hechos, esto es, el período culposo, los gerentes A, B y C de la empresa W&M, son responsables penalmente a título de autores concomitantes por lesiones imprudentes por omisión de acuerdo con el art. 399 en relación con el art. 492 inc. 1°, ambos del Código Penal, respecto de los consumidores del espray por no retirar el producto del mercado de forma oportuna.

Respecto al segundo complejo de hechos, esto es, el período doloso, los gerentes A, B y C de la empresa W&M, son responsables penalmente:

Primero, a título de coautores por lesiones menos graves dolosas por acción del art. 399 en relación con el art. 15 n°1, en concurso ideal, con el delito de expendio de sustancias peligrosas para la salud del art. 314, todos del Código Penal, respecto de los consumidores del espray por decidir conjuntamente continuar con la fabricación y distribución del producto, luego de la respectiva junta extraordinaria del 12 de mayo.

Segundo, a título de coautores por lesiones menos graves dolosas por omisión del art. 399 en relación con el art. 15 n°1, ambos del Código Penal, por no retirar las partidas de productos que se encontraban en el mercado, luego de la respectiva junta extraordinaria del 12 de mayo.

CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo de este trabajo, se han expuesto distintos problemas dogmáticos sobre la responsabilidad penal por el producto a partir del análisis de una variación de los hechos del emblemático caso “*Lederspray*”. La atribución de responsabilidad penal ante decisiones de órganos colegiadas que generan resultados lesivos en las personas presentará distintas aristas que será importante tener en consideración al momento de realizar un juicio de imputación personal a aquellos sujetos que participan en la toma de decisiones de una empresa.

Determinar la naturaleza de la conducta realizada por un órgano colegiado será un factor fundamental para luego establecer conforme a derecho el tipo penal y título de imputación por el cual deberán responder. Cuando estemos en presencia de una conducta activa dolosa, por ejemplo, la fabricación y puesta en el mercado de determinados productos defectuosos, habrá que poner especial atención en la causalidad de la decisión colegiada adoptada, en la medida que cada voto de los gerentes de una determinada empresa se considerará causal para el resultado lesivo y por lo tanto deberán responder como coautores.

Así también, cuando nos enfrentemos a comportamientos omisivos imprudentes, por ejemplo, la no retirada oportuna de los productos defectuosos, deberemos poner atención en establecer la relación de cuasicausalidad entre la conducta omitida (devida) y el resultado producido, así como también en el fundamento de la posición de garante que pesa sobre el fabricante que, en términos generales, se basará en torno a las legítimas expectativas de los consumidores que adquieren los productos.

Por último, a partir del método utilizado, también podemos concluir que este demuestra su efectividad para analizar casos penales complejos, permitiendo, de acuerdo con su estructura, una evaluación sistemática y correcta de los posibles tipos penales aplicables a determinadas conductas lesivas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BUSTOS, Juan (1995): El delito culposo (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CEREZO MIR, José (2005a): Curso de Derecho Penal Español (Madrid, Editorial Tecnos), tomo II.
- CEREZO MIR, José (2005b): Curso de Derecho Penal Español (Madrid, Editorial Tecnos), tomo III.
- CONTRERAS, Lautaro (2019a): “Alimento para regímenes especiales STOP de San Bernardo”, en: VARGAS, Tatiana (Dir.), Casos destacados de Derecho Penal Parte Especial. (Santiago, Der Ediciones), pp. 365-382.
- CONTRERAS, Lautaro (2019b): “La prohibición de colocar en el mercado productos que sean peligrosos en caso de utilización conforme a su finalidad o racionalmente previsible”, en Revista Ius et Praxis (25 N°2), pp. 19-66.
- CONTRERAS, Lautaro (2018): Productos defectuosos y derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto (Santiago, RIL editores).
- CONTRERAS, Lautaro (2017): “La posición de garante del fabricante en el Derecho penal alemán”, en Política Criminal (Vol. 12 N°23), pp. 1-55.
- CONTRERAS, Lautaro (2015): “La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada”, en Política Criminal (Vol. 10 N°19), pp. 266-296.
- CURY, Enrique (2020): “Derecho Penal Parte General, undécima edición revisada, actualizada y con notas de FELLER, Claudio y SANTIBÁÑEZ María Elena, Santiago, (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), tomo I.
- ESCRICHE, Joaquín (1851): Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia (Paris, Librería de Rosa, Bouret y Compañía).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): Derecho Penal Parte Especial (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo IV.
- FRISCH, Wolfgang (2015): La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas sobre la teoría de la imputación del resultado (Madrid, Editorial Atelier).
- FRISCH, Wolfgang (1996): “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, Santiago. y LUZÓN PEÑA, Diego. (Coord.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Barcelona, José María Bosch), pp. 99-127.
- FRISCH, Wolfgang (1995): Tipo penal e imputación objetiva (Madrid, Editorial Colex).

FRISTER, Helmut (2011): Derecho Penal Parte General, 4° edición alemana (Trad. Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Editorial Hammurabi).

GARRIDO, Mario (2007): Derecho Penal Parte Especial (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo III.

GIMBERNAT, Enrique (2000): “La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Vol. LIII), pp. 29-132.

GIMBERNAT, Enrique (1999): “La responsabilidad por el producto: el Caso Lederspray (spray para el cuero)”, en Ensayos Penales. Madrid, Tecnos, pp. 304-335.

GONZÁLEZ, Diego (2023): Autoría y participación como criterios de imputación (Barcelona, Editorial Atelier).

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1995): La responsabilidad por el producto en derecho penal (Valencia, Tirant Lo Blanch).

HILGENDORF, Eric y VALERIUS, BRIAN (2015): Derecho Penal Parte General, 2° edición alemana (Trad. Leandro A. Dias y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Ad-Hoc).

HILGENDORF, Eric (2022): Casos de Derecho Penal Curso de examen para principiantes, 4° edición alemana (Trad. Leandro A. Dias y Lucila Tuñón), tomo I.

ÍÑIGO, María Elena (2001): La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos (Barcelona, José María Bosch).

JAKOBS, Günther (1996): “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos”, en MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego (Coord.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Barcelona, José María Bosch), pp. 75-98.

JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas (2002): Tratado de Derecho Penal Parte General, 5° edición (Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Editorial Comares).

KUHLEN, Lothar (1996): “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, en MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego. (Coord.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Barcelona, José María Bosch), pp. 231-245.

LONDOÑO, Fernando (2019): “Comentario al artículo 314 del Código Penal”, en: COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), Código Penal Comentado. Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia (Santiago, Editorial Thomson Reuters), pp. 472-482.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2021): Manual de Derecho Penal chileno Parte General (Valencia, Tirant Lo Blanch).

MERA, Jorge (1975): “Los medios en el delito de lesiones graves (Art. 3397 del C.P.)”, en Revista de ciencias penales (Tomo XXXIV), pp. 163-200.

MIR PUIG, Santiago (2006): Derecho Penal Parte General, 8° edición (Barcelona, Editorial Reppetor).

MODOLELL, Juan Luis (2024): Manual de derecho Penal Teoría del Delito (Santiago, Der Ediciones).

NÁQUIRA, Jaime (2014): Derecho Penal Chileno Parte General (Santiago, Thomson Reuters).

PAREDES, José Manuel y RODRÍGUEZ, Teresa (1995): El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos. Valencia (Valencia, Tirant Lo Blanch).

POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan (1993): Derecho Penal Chileno Parte Especial Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas 2° edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PUPPE, Ingeborg (1996): “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, en MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego (Coord.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Barcelona, José María Bosch), pp. 215-229.

RETTIG, Mauricio (2019): Derecho Penal Parte General Teoría del delito El delito de acción doloso e imprudente (Santiago, Der Ediciones), tomo II.

RETTIG, Mauricio (2022): “Delitos contra la salud individual y contra la integridad moral”, en RODRÍGUEZ, Luis (Dir.), Derecho Penal Parte Especial Volumen I (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 196-360.

RODRÍGUEZ, Teresa (1998-1999): “Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados”, en Anuario de la Facultad de Derecho (N°8), pp. 187-211.

ROXIN, Claus (2014): Derecho Penal Parte General. Especiales formas de aparición del delito, (Trad. Diego Luzón Peña, Thomson Reuters). tomo II.

ROXIN, Claus (1997): Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, 2° edición alemana (Trad. Diego Luzón Peña, Editorial Civitas), tomo I.

ROXIN, Claus (1970): “Sobre la autoría y la participación en el derecho penal”, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho: En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa (Buenos Aires, Ediciones Pannedille), pp. 55-70.

VAN WEEZEL, Alex (2023): Curso de derecho penal. Parte General (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

VERDE, Alejandra (2022): “Apuntes pedagógicos sobre el método alemán de solución de casos penales”, en Letra: Derecho Penal (año VIII, número 15), pp.77-89.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut (2018): Derecho Penal Parte General. El delito y su estructura, 46° edición alemana (Trad. Raúl Pariona Arana, Breña, Instituto Pacífico).

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, RUC 0800102576-8, RIT 38-2011, 24 agosto 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, BGHSt 37.