

Mg

Monografías

Casos destacados
Derecho penal
Parte especial

Directora
Tatiana Vargas Pinto

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Co-ediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

CASOS DESTACADOS DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL

© Tatiana Vargas Pinto, Directora

2019 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 298791

ISBN 978-956-9959-40-0

Primera edición, diciembre de 2018 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 600 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

CASOS DESTACADOS

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

TATIANA VARGAS PINTO

Directora

OSVALDO ARTAZA VARELA	JUAN LUIS MODELELL GONZÁLEZ
ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ	IVÁN NAVAS MONDACA
FELIPE CABALLERO BRUN	GUILLERMO OLIVER CALDERÓN
RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ	ANDREA PERIN
LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH	LUIS ORTIZ QUIROGA
JUAN PABLO COX LEIXELARD	MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ	NICOLÁS OXMAN VILCHES
GONZALO GARCÍA PALOMINOS	MARÍA CECILIA RAMÍREZ GUZMÁN
RODRIGO GUERRA ESPINOSA	MAURICIO RETTIG ESPINOZA
MARCELO HADWA ISSA	LUIS EMILIO ROJAS AGUIRRE
HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO	SEBASTIÁN SALINERO ECHEVERRÍA
MARÍA SOLEDAD KRAUSE MUÑOZ	CHRISTIAN SCHEECHLER CORONA
CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER	ALEX VAN WEEZEL DE LA CRUZ
FRANCISCO MALDONADO FUENTES	TATIANA VARGAS PINTO
JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO	JAIME VERA VEGA
ELISABETH MATTHEI SCHACHT	JAVIER WILENMANN VON BERNATH

LAURA MAYER LUX

Autores

MARÍA ISIDORA GUZMÁN MARCHANT

MAXIMILIANO WILDNER ZAMBRA

Colaboradores

“ALIMENTO PARA RÉGIMENES ESPECIALES”

STOP DE SAN BERNARDO, 24/08/2012, RUC N° 0800102576-8

LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH^{*,**}

1. NOTAS DEL CASO

El caso “alimento para regímenes especiales”, cuyo juicio se prolongó durante varios meses ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, constituye el caso más importante de responsabilidad penal por el producto en Chile, y uno de los más relevantes en materia de Derecho penal empresarial en nuestro país.

El presente comentario se circunscribirá al análisis de dos problemas específicos que presenta la sentencia en materia de responsabilidad por el producto: el alcance del principio de confianza y la relación concursal entre los delitos de lesión y de peligro¹.

Los hechos probados en este caso fueron, de manera resumida, los siguientes²:

* Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado, Universidad de Chile.

** Agradezco a Víctor Alé Martínez, Javier Sola Aylwin y Valeria Torres Fuentes por su acuciosa colaboración en la edición del texto.

¹ Por lo tanto, quedará fuera del análisis la condena por los delitos de uso indebido de marca comercial (art. 190 del Código Penal) y contrabando (art. 168 de la Ordenanza de Aduanas).

² Véase considerando 15°.

A partir del año 2006, la empresa X inició en Chile la fabricación de un alimento para regímenes especiales denominado "Nutricomp ADN" (Alimento Dietético Nutricional). Sus destinatarios eran principalmente pacientes con deficiencia nutricional o enfermedades crónicas, quienes lo consumían en forma exclusiva o complementaria.

Para la fabricación del producto se requería una mezcla de minerales denominada "premix de minerales".

El 18 de abril de 2007, el acusado A, jefe de control de calidad de la empresa X, sin adoptar las medidas de resguardo ni de control necesarias, considerando la naturaleza del producto elaborado, solicitó a la empresa brasileña Y el mencionado "premix de minerales". En dicho requerimiento especificó, entre otras sustancias, cloruro de potasio al 1%, en circunstancias que la formulación correcta del producto exigía una concentración de ese mineral al 100%.

Durante el mes de mayo de 2007, el acusado A y el acusado B, en sus calidades de jefe de control de calidad y jefe de producción, respectivamente, de la empresa fabricante del alimento, comenzaron la elaboración de diversas unidades del producto, que contenían niveles de potasio muy inferiores a los requeridos, sin adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de la composición final del alimento. A partir de junio de 2007, los correspondientes lotes defectuosos se vendieron en Chile a hospitales, clínicas, farmacias y a otros clientes.

Hacia fines del mes de noviembre de 2007 y mediante un análisis documental de la composición del alimento, los acusados A y B tomaron conocimiento del defecto en la solicitud de la premezcla de minerales y lo comunicaron a los acusados C y D, gerente general de la empresa y *product manager* de esta, respectivamente. A su vez, el acusado D informó del problema al acusado E, quien a la fecha detentaba el cargo de gerente de exportaciones.

A pesar del conocimiento del error cometido, el gerente general decidió no retirar el alimento defectuoso del mercado y no informar del problema a hospitales, clínicas, farmacias, clientes, ni tampoco a la autoridad sanitaria. Además, el gerente decidió continuar comercializando el producto en Chile y en el extranjero, a sabiendas de su carácter peligroso, al no contar con las propiedades nutricionales que decía tener. Por su parte, los acusados A y B continuaron fabricando alimento con el "premix de minerales" defectuoso.

La fabricación y comercialización del alimento solo se paralizó en enero de 2008, cuando la Secretaría Regional Ministerial de Salud Metropolitana, en uso de sus facultades, prohibió la elaboración y distribución del producto, ordenando además su retiro del mercado.

El tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo tuvo por acreditado que más de ochenta personas consumieron el alimento defectuoso. Se estableció, además, que en el periodo comprendido entre julio de 2007 y el 15 de noviembre del mismo año, cuatro de esas personas resultaron afectadas con hipocalemia severa, es decir, con bajos niveles de potasio en la sangre y riesgo vital y, por consiguiente, con daño a su salud; por su parte, en el lapso comprendido entre el 16 de noviembre de 2007 y comienzos del año 2008, se tuvo por establecido que 5 de esas personas sufrieron las alteraciones a la salud recién descritas.

Las conductas desplegadas por los acusados A y B, antes de que tomaran conocimiento del error en la solicitud de la premezcla de minerales ("periodo culposo" del caso), fueron calificadas por el tribunal como constitutivas del delito previsto en el inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315, ambos del Código Penal (en adelante, "CP"³). Según los jueces, los comportamientos de ambos acusados fueron típicos, puesto que, sin adoptar las medidas de cuidado exigibles, "adulteraron" sustancias comestibles destinadas al consumo público, ocasionando un apreciable menoscabo de sus propiedades alimenticias y, con ello, transformándolas en peligrosas para la salud.

Por su parte, las conductas desplegadas por los acusados A, B y C luego de tomarse conocimiento del error en la solicitud de la premezcla de minerales ("periodo doloso" del caso) fueron calificadas como constitutiva de delitos dolosos consumados contemplados en el inciso 2° del artículo 315 del Código Penal. En efecto, según el tribunal, a partir del descubrimiento de dicho error, los acusados A y B siguieron ejecutando conductas subsumibles bajo la expresión "adulteraciones", pero esta vez sabiendo y queriendo la realización del tipo objetivo; el acusado C, por su parte, también en forma dolosa, ejecutó conductas constitutivas de la acción de vender sustancias comestibles destinadas al consumo público, que reves-

3 Los artículos sin mención al Código en que están contenidos corresponden todos al Código Penal.

tían el carácter de peligrosas para la salud, por el menoscabo apreciable de sus propiedades alimenticias.

Respecto de las conductas desplegadas en el denominado “periodo culposo” del caso, el Ministerio Público había acusado a los cinco imputados A, B, C, D y E por el delito imprudente contemplado en el inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315, como, asimismo, por delitos culposos con resultado de muerte y lesiones previsto en el artículo 492, en relación con los artículos 490 números 1 y 2, 391 número 2, 397 números 1 y 2, y 399, todos del Código Penal, en perjuicio de decenas de consumidores que habían entrado en contacto con el producto.

En relación con los comportamientos en el denominado “periodo doloso” del caso, de carácter tanto activo (continuar comercializando el producto) como omisivo (no retirar el alimento enteral del mercado ni avisar a hospitales, clínicas, farmacias, clientes ni autoridad sanitaria) el Ministerio Público acusó a los cinco imputados por el delito del inciso 2° del artículo 315, en relación con el inciso 1° del artículo 317, ambos del Código Penal, en calidad de autores.

En lo referente al “periodo culposo” del caso, el tribunal únicamente sancionó por el delito del inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315, a los acusados A y B. Aunque el actuar de ambos se calificó como imprudente y el tribunal reconoció el acaecimiento de cuatro casos de daño a la salud, A y B fueron absueltos por los cargos fundados en el ilícito del artículo 492 del CP, en relación con los respectivos delitos contra las personas, al estimarse que una condena basada en esta disposición habría infringido el principio de *non bis in idem*. Por otra parte, los jueces estimaron que, si bien los acusados C y E habían realizado la conducta típica consistente en “vender”, estos no pudieron prever que la comercialización la hacían respecto de un producto defectuoso, ya que confiaron (legítimamente) en la actuación exenta de error de los acusados A y B. El tribunal sustentó la aplicación del principio de confianza en los resultados de una fiscalización que realizó la Seremi de Salud el 14 de noviembre de 2007, y en la implementación de un “comité de materias primas” *ad hoc* a raíz de un incidente previo, donde se había evidenciado que el alimento no contenía la cantidad necesaria de citrato de colina⁴. Respecto del acusado D,

4 El citrato de colina es un compuesto químico que contiene colina (nutriente soluble al agua) y un derivado del ácido cítrico.

este fue absuelto de los cargos que se le habían formulado por su intervención en el “periodo culposo”, ya que no se rindió prueba suficiente en orden a que hubiera “adulterado”, “vendido” o “distribuido” el alimento⁵.

Respecto del “periodo doloso” del caso, se absolvió a los acusados D y E de todos los cargos formulados al no haberse demostrado que hubieran incurrido en conductas típicas⁶. Además, los acusados A, B y C fueron condenados solo por la figura simple del inciso 2° del artículo 315 del Código Penal (y no por la figura agravada del inciso 1° del artículo 317, del mismo cuerpo legal), puesto que no pudo demostrarse, fuera de toda duda razonable, que la hipocalemia fuera constitutiva de una enfermedad grave⁷.

2. TESIS DEL TRIBUNAL

2.1. La aplicación del principio de confianza

Según el parecer del tribunal, los acusados C y E no pudieron prever, en el “periodo culposo” del caso, que vendían alimentos peligrosos para la salud: en su favor regía el *principio de confianza*. Las medidas de control que se habían dispuesto en la empresa podían ser tenidas como suficientes por los acusados C y E, para los efectos de despejar razonablemente todo riesgo desaprobado que pudiera sobrevenir de la actividad que desempeñaban⁸. Como se indicó, el tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo basó la vigencia de la confianza en dos circunstancias. Por una parte, en una fiscalización de buenas prácticas realizada por una funcionaria de la Secretaría Regional Ministerial de Salud el 14 de noviembre de 2007, la cual comprobó en terreno la satisfacción de 49 parámetros relacionados principalmente con “las estructuras del establecimiento, procedimientos, capacitación del personal, seguridad en almacenamientos, productos químicos, desinfectantes [...]”, otorgándosele a la empresa una calificación de sobre el 90%, en circunstancias que una organización ya cumple con buenas prácticas cuando alcanza el 70%⁹. En palabras del tribunal:

5 Considerando 14°, título IV, párrafos 69 y ss.

6 Considerando 15°, párrafo 24.

7 Véase considerando 14°, título VI.

8 Considerando 14°, título IV, párrafo 47.

9 Considerando 14°, título IV, párrafo 49.

“[...] para un fiscalizador ajeno y experto, cuyo trabajo consistió en efectuar un control de diversos parámetros entre los que se cuentan los de procedimiento y seguridad, [la empresa] cumplía con óptimos estándares de calidad”¹⁰.

La otra circunstancia en la que el tribunal basó la confianza fue en el establecimiento de un comité especial por orden del acusado C, el cual se instauró luego de que en noviembre de 2006 se advirtiera que el alimento enteral no contenía la cantidad necesaria de citrato de colina. Ante esta situación, el tribunal indicó que:

“[...] la empresa, comandada en ese entonces por [el acusado C], decidió la instalación de un comité adicional de control: el de materias primas, que se agregaba al de aseguramiento de calidad, lo que, conforme los diagramas de procesos acompañados a juicio, significaba el reforzamiento de las cuatro instancias de vigilancia ya existentes”¹¹.

Las dos circunstancias anteriores llevaron al tribunal a concluir que:

“[...] a) se habían tomado nuevas precauciones para evitar problemas de calidad como los que en el pasado se habían producido; b) que los anteriores mecanismos de control, estando en manos de personas técnicamente preparadas para ello, continuaron en funcionamiento, c) que no se habían reportado nuevos eventos conflictivos y d) que sometidos a un examen de la autoridad, no hubo cuestionamientos sobre la materia”¹².

Por eso, agrega el tribunal, los acusados C y E “estaban en situación de confiar en que las instancias previas a su intervención cumplirían con sus funciones, permitiéndoles así desarrollar la propia sin tener que permanentemente cuestionarse acerca de la calidad de la sustancia que vendían”¹³.

2.2. El concurso aparente en el “periodo culposo” del caso

Respecto de la condena en contra de los acusados A y B por su comportamiento en el denominado “periodo culposo”, a título del delito del inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315, ambos del CP, el tribunal reflexionó acerca de qué consecuencia jurídica debían tener los resultados lesivos producidos en perjuicio de cuatro víctimas que

10 Considerando 14°, título IV, párrafo 50.

11 Considerando 14°, título IV, párrafo 53.

12 Considerando 14°, título IV, párrafo 56.

13 Considerando 14°, título IV, párrafo 56.

habían consumido el producto defectuoso. Los jueces rechazaron la aplicación del inciso 1° del artículo 317 del CP, al considerar, correctamente, que la agravación de la pena por el resultado prevista en esta norma solo entra en consideración cuando la conducta desplegada ha sido cometida con dolo. Pero además estimaron, a diferencia de lo sostenido por la Fiscalía, como no aplicable el tipo penal del 492 del CP, en relación con los respectivos delitos contra las personas, puesto que ello hubiera implicado infringir el principio *non bis in idem*, reconociendo, entonces, que se estaba frente a un supuesto de concurso aparente de leyes. Señala la sentencia:

“[...] el tipo penal que en este caso se invoca [por el Ministerio Público] es la figura genérica del delito culposo contemplada en el artículo 492 de nuestro código punitivo y, por otro, la conducta que se pretende subsumir en ella es la misma que sirve de fundamento para sustentar una condena conforme al tantas veces citado artículo 315. ¿Es posible hacer descansar una nueva condena en una misma acción? Evidentemente no, pues de otra manera se estaría atentando contra el principio de *non bis in idem*.

En el fondo, lo que con esta pretensión se persigue es sancionar la causación de un resultado como un ilícito independiente de la conducta que lo origina, confundiendo el verdadero fundamento de la punibilidad culposa. Esta forma de entender el asunto prescinde del hecho que en los delitos imprudentes lo que se castiga no es la generación de una determinada consecuencia dañosa, sino la conducta negligente del sujeto. Es así como el profesor CURY, haciéndose énfasis en ese punto, indica:

‘Es más, en los delitos culposos de resultado carece de importancia sustantiva; a lo sumo es un instrumento de selección para la punibilidad [...] el resultado no tiene influencia sobre lo injusto de los delitos culposos, la punibilidad de este debe medirse con relación a la cantidad de negligencia de que es portadora la acción culposa; y esa cantidad depende de la magnitud del peligro que era previsible para el autor cuando lo ejecutó, no del daño que objetivamente se produjo a consecuencia de un curso causal extraordinario [...]’.

Lo anterior, por supuesto, no significa que la concreción de una pluralidad de resultados a partir de una misma conducta no acarree consecuencias jurídicas, pero estas no tienen su origen en la verificación de un ilícito penal distinto, sino en la mayor o menor extensión del mal ocasionado, que el artículo 69 del Código Penal obliga a tener en consideración para los efectos de determinar la pena en concreto”¹⁴.

14 Considerando 14°, título VIII, párrafos 15 y 16.

3. REFLEXIÓN JURÍDICA

3.1. ¿Correcta aplicación del principio de confianza?

En cuanto a la aplicación del principio de confianza en favor de los acusados C y E, basada en la visita realizada por una funcionaria de la Seremi de Salud y en la medida adoptada luego del denominado “incidente del citrato de colina”, que condujo a la absolución de esos acusados por sus conductas desplegadas en el denominado “periodo culposo” del caso, se puede señalar lo siguiente¹⁵.

Las acciones de la Administración, consistentes en la verificación del cumplimiento de ciertos parámetros de seguridad al interior de una organización dedicada a la fabricación de productos, pueden servir de pauta para dilucidar si acaso la empresa ha adoptado las medidas necesarias y exigibles para eliminar o disminuir hasta parámetros tolerables el riesgo del producto. Precisamente, una de las funciones que tiene que cumplir la autoridad en materia de seguridad de productos consiste en fiscalizar que las respectivas empresas acaten las leyes, los reglamentos y las normas extrajurídicas que garantizan que los bienes de consumo no representan un riesgo para terceros. Luego, si la autoridad administrativa ha declarado que la organización cumple con ciertas exigencias previstas para el control de determinados riesgos, los directivos de la empresa pueden confiar (por regla general) en que esta no representa un foco de peligros desaprobados, en relación con los ámbitos específicos revisados por la Administración en cierto momento y que, en consecuencia, no es necesaria la adopción de medidas de control nuevas o complementarias. Sin embargo, esa confianza solo puede referirse al control de *aquellos riesgos que fueron objeto de examen estatal*. Ejemplo: si la Administración lleva a cabo una fiscalización pormenorizada de (únicamente) los procesos de la organización establecidos para eliminar los errores de diseño de un producto, entonces los órganos directivos no pueden, basados en esa revisión de la autoridad, confiar en que la empresa no está creando riesgos desaprobados en el área de la fabricación del producto, o que la empresa está haciendo frente adecuadamente a los errores de comunicación que pueden surgir de la división del trabajo. Pues bien, en la sentencia del caso “alimento para regímenes

15 En PIÑA y COX (2013), pp. 183 y ss., se encuentra un análisis de la aplicación del principio de confianza a los hechos del “periodo doloso” del caso.

especiales”, no es evidente que la fiscalización se haya referido precisamente a los mecanismos de eliminación o disminución de riesgos de comunicación errada, que dieron lugar a que los acusados A y B fabricaran el producto defectuosamente. Por eso, en este caso, la actuación estatal no permitía que los acusados C y E confiaran en la conducta ajustada a deber de A y B. Pero, más todavía, la fiscalización que se hizo a la empresa tuvo lugar en noviembre de 2007, mientras que la conducta de venta de alimentos adulterados que se reprochó a los acusados C y E tuvo lugar a contar del mes de junio de ese año¹⁶. Lo decisivo para apreciar la conformidad a deber o no de la conducta de los acusados C y E era si ellos podían confiar ya durante el mes de junio del 2007 en la actuación diligente de A y B. El que la autoridad haya declarado en el mes de noviembre que la fábrica cumplía determinados estándares de seguridad no puede ser determinante para enjuiciar la conformidad a Derecho de conductas que desplegaron antes de ese mes. Tales comportamientos podrían haber tenido lugar en condiciones de organización diversas a las examinadas por la Administración en el mes de noviembre. No puede olvidarse que la determinación del carácter jurídicamente tolerado o no de una conducta solo puede hacerse teniendo en cuenta aquellos *datos empíricos concurrentes en el momento en que el individuo cuyo comportamiento se está enjuiciando actuó o dejó de actuar*¹⁷; los antecedentes empíricos existentes con posterioridad a la conducta juzgada resultan irrelevantes.

Respecto de la medida adoptada por el acusado C luego del llamado “incidente del citrato de colina”, es necesario aclarar el alcance del principio de confianza en favor del gerente general de una empresa dedicada a la fabricación de productos.

El gerente general de una empresa que fabrica bienes de consumo es uno de los responsables primarios de que todos los deberes jurídicos, cuyo quebrantamiento puede conllevar una puesta en peligro o un daño efectivo a la vida o salud de los consumidores (deberes de diseño, deberes de fabricación, deberes de instrucción, etc.¹⁸), efectivamente se cumplan. Lo anterior

16 Considerando 15°, párrafo 7.

17 En detalle sobre la perspectiva *ex ante* en la determinación del injusto de comportamiento, FRISCH (1988), pp. 34, 41 y s., 71 y ss.

18 Sobre los diversos deberes jurídicos que los fabricantes de productos tienen que cumplir, véase en detalle FOERSTE (2012), nn.mm. 69 y ss.

es la consecuencia del principio de *competencia global y responsabilidad general de los directivos*¹⁹, el que se fundamenta en la idea siguiente: las personas que ocupan las posiciones de más alta jerarquía al interior de una empresa no pueden ejercer su poder de configuración, tomando decisiones fundamentales sobre la marcha de la empresa, organizando los procesos productivos, eligiendo trabajadores para puestos críticos, adquiriendo determinada maquinaria para la fabricación, etc., y esperar que sean otros los responsables primarios de que se reduzcan o excluyan los peligros que pueden surgir de la operación de la empresa; esta no sería una repartición de cargas adecuada, ni tampoco justa²⁰.

Ahora bien, en el contexto de procesos productivos que se vuelven cada vez más complejos, resulta obviamente imposible exigir a la cabeza ejecutiva de una empresa el cumplimiento personal de todos los deberes de cuidado destinados a la protección de los bienes jurídicos de los consumidores²¹. Ningún ejecutivo puede estar en todas partes ni hacer todo al mismo tiempo²². Luego, los deberes de cuidado pueden ser delegados o transferidos a subalternos. La delegación de deberes jurídicos es admisible, en la medida que el gerente general transfiera el respectivo deber a un inferior que posea las capacidades necesarias para realizar correctamente la tarea en cuestión, lo instruya claramente acerca de la actividad que hay que realizar y controle adecuadamente su labor. Si el gerente general cumple con esas obligaciones de elección, instrucción y control, puede confiar en que los subalternos cumplirán correctamente los deberes delegados²³.

Con todo, la vigencia del principio de confianza en favor del gerente general de una empresa dedicada a la fabricación de productos sufre una excepción muy importante en las denominadas "situaciones de crisis". Por "situaciones de crisis" entendemos aquellos casos en los cuales existen indicios concretos de una amenaza seria a los bienes jurídicos de los consumidores en el ámbito de las actividades o tareas que han sido delegadas

19 Sobre el principio de competencia global y responsabilidad general de los directivos, véase MERZ (2017), nn.mm. 54 y ss.

20 En este sentido, CONTRERAS (2012), p. 232.

21 Cfr. ALEXANDER (2005), p. 196; SCHMIDT-SALZER (1988), n.m. 1.181.

22 Así, SCHMIDT-SALZER (1988), n.m. 1.181.

23 Cfr. BOSCH (2002), pp. 388 y s.

o transferidas²⁴. En casos semejantes, el gerente general está obligado a intervenir en la respectiva actividad o tarea y adoptar *todas las medidas necesarias* que las circunstancias exijan; así, por ejemplo: controlar en detalle la labor del o los subordinados envueltos en la situación de crisis, reorganizar el proceso productivo, paralizar la fabricación del bien, suspender las ventas, cambiar a los proveedores, etc.

Pues bien, en el caso "alimento para regímenes especiales" tuvo lugar precisamente "una situación de crisis". Esta consistió en el "incidente del citrato de colina", que aconteció meses antes de los graves errores en que incurrieron los acusados A y B. Lo particular de este incidente es que se trató de un problema de naturaleza idéntica al que dio origen al caso "alimento para regímenes especiales": al producto le faltaba la cantidad necesaria de una sustancia determinada. Esta situación de crisis obligaba jurídicamente al gerente general a hacer *todo lo necesario y exigible* para evitar nuevos errores de fabricación²⁵. Ordenar (simplemente) que se estableciera un comité de materias primas no satisfacía sus deberes de garante; lo necesario y exigible en este caso consistía, además, en supervisar personalmente o a través de un subalterno de confianza el funcionamiento del comité, reforzar los sistemas de aseguramiento de calidad, advertir a los consumidores de la baja dosis de citrato de colina de las partidas del alimento que se habían comercializado, suspender las ventas, etc. El gerente general no realizó estas acciones, las que tenían por objeto evitar nuevos incidentes relacionados con la composición del producto y garantizar así que las unidades que se vendieran no pusieran en peligro la vida ni la salud de los consumidores. Quien no cumple con sus respectivos deberes de cuidado, no puede invocar en su favor el principio de confianza (!)²⁶. En consecuencia, la venta que el gerente hizo del alimento enteral a partir de junio de 2007 fue contraria a deber (es decir, fue culposa).

En cuanto a la aplicación del principio de confianza en favor del acusado E, aquella solo podría ser correcta si se hubiera partido del supuesto de que el gerente general había cumplido satisfactoriamente con sus deberes de intervención, luego del acaecimiento del "incidente del citrato de colina".

24 Cfr. ALEXANDER (2005), pp. 209 y ss., 313 y s.; EICHINGER (1997), p. 127; WALTER (2000), p. 136.

25 Cfr. ROXIN (2003), § 31, n.m. 180.

26 Véase, por todos, STRATENWERTH y KUHLEN (2011), § 15, n.m. 67.

3.2. ¿Concurso aparente en el “periodo culposo” del caso?

El tribunal razona sobre la base de que las conductas desplegadas por los acusados A y B en el “periodo culposo” del caso eran subsumibles formalmente en los tipos penales del inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315, y del artículo 492, todos del CP, pero que solo cabía aplicar el primer tipo, puesto que la estimación conjunta de ambos delitos hubiera infringido el principio *non bis in idem*.

Es correcto subsumir los comportamientos realizados por los acusados A y B durante el “periodo culposo” en el tipo penal del inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315 (“El que efectuare otras adulteraciones...”), ambos del CP. En efecto, según los hechos acreditados en el juicio, los acusados A y B elaboraron diversas unidades del alimento, que contenían niveles de potasio muy inferiores a los requeridos, sin adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de la composición final del producto. En contra de la afirmación de que ambos acusados adulteraron el producto se podría plantear que la acción de adulterar implica (solo) la intervención sobre un alimento *ya elaborado*, agregándole sustancias que lo convierten en nocivo para la salud. Como los acusados no transformaron un alimento ya fabricado en uno de naturaleza distinta, sino que (derechamente) lo fabricaron defectuosamente, su conducta sería atípica en el contexto del citado inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315. Sin embargo, una interpretación sistemática de estas disposiciones, que tenga a la vista el tipo del artículo 313 d) del CP, nos permite sostener que la acción de *adulterar* tiene un significado más amplio, y conlleva cambiar, mutar o sustituir los requisitos debidos por otros no autorizados. En efecto, el artículo 313 d) del CP castiga a quien *fabrica* sustancias medicinales deterioradas o *adulteradas* en su especie, cantidad, calidad o proporciones, siendo evidente entonces que para la ley penal la adulteración puede verificarse *en el mismo proceso de elaboración del producto*²⁷. En consecuencia, parece correcto subsumir los comportamientos realizados por los acusados A y B durante el “periodo culposo” en el tipo penal del tantas veces citado inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315. También es correcta la calificación de las conductas realizadas por los acusados A y B en el “periodo culposo” del

27 Véase considerando 14° de la sentencia, título I, párrafos 11 al 13.

caso como constitutivas del delito del artículo 492 del CP (en relación con el delito de lesiones menos graves²⁸): en el juicio se acreditó que ambos elaboraron de manera imprudente diversas unidades del alimento, lo que provocó que cuatro personas sufrieran hipocalcemia severa y riesgo vital, es decir, daño a la salud.

Como ya se dijo, el tribunal razonó sobre la base de que las conductas desplegadas por ambos acusados eran subsumibles formalmente en los tipos penales del inc. 2° del artículo 317, en relación con el inc. 2° del artículo 315, y en el del artículo 492, todos del CP, pero que solo cabía aplicar el primer tipo, puesto que la estimación conjunta de ambos delitos hubiera infringido el principio *non bis in idem*. Los jueces apreciaron una hipótesis de concurso de leyes.

Sabemos que hay concurso de leyes cuando un suceso es subsumible formalmente en varias normas de sanción penales, siendo una sola de ellas aplicable, al captar (ya) esta el contenido de injusto de las demás²⁹. La figura jurídica del concurso de leyes se funda en la idea básica de que la estimación conjunta de las normas de sanción formalmente aplicables al suceso violaría el principio *non bis in idem*³⁰.

Una de las dificultades más importantes que se presentan en los casos de concurso de leyes consiste en su diferenciación de las hipótesis de concurso ideal de delitos. En ambos casos se está frente a un único hecho, pero en los supuestos de concurso ideal, a diferencia de los casos de concurso de leyes, se aplican conjuntamente todas las normas de sanción concurrentes, ya que ninguna de ellas por sí mismas absorbe el injusto de las demás³¹. En el caso que nos ocupa, se plantea la cuestión de si el injusto previsto en

28 Considerando 15°, párrafo 18. Si bien el tribunal no menciona el tipo penal de lesiones corporales que ha de ponerse en relación con el artículo 492 del CP, ese tipo tiene que ser el de lesiones menos graves (art. 399 del CP). La conducta de los acusados no condujo a una mutilación de partes del cuerpo de las víctimas, que pudiera ser castigada a través de los artículos 395 o 396 del CP. Los tipos penales previstos en el artículo 397 tampoco son aplicables, porque el comportamiento de los acusados no consistió en *herir, golpear o maltratar de obra*. El artículo 398 del CP, por su parte, exige dolo directo.

29 Por todos, véase ROXIN (2003) § 33, n.m. 170.

30 MIR (2015), p. 662; HERNÁNDEZ (1994), p. 116.

31 HERNÁNDEZ (1994), p. 117.

el tipo penal del inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315, comprende el injusto del tipo del artículo 492, en referencia al delito de lesiones menos graves. La respuesta a esta pregunta nos obliga a reflexionar, precisamente, por el contenido de injusto de ambos delitos (el de peligro y el de lesión).

El delito del inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315, ambos del CP, corresponde a un tipo de peligro abstracto-concreto, es decir, un ilícito que castiga la realización de determinados comportamientos idóneos para poner en peligro ciertos bienes jurídicos; en efecto, el delito señalado sanciona, entre otras conductas, la adulteración culposa de comestibles, aguas u otras bebidas destinadas al consumo público, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo apreciable de sus propiedades alimenticias. Se trata, además (y así quedó patente durante la respectiva tramitación legislativa³²), de un delito de peligro general o común³³. Esto significa que el injusto del ilícito consiste en la realización de un comportamiento que, según la experiencia de vida, puede generar un peligro de daño de un número indeterminado de bienes jurídicos individuales o de portadores de bienes jurídicos individuales³⁴. Entonces, lo que caracteriza al delito del inciso 2° del artículo 315, al que se remite el inciso 2° del artículo 317, ambos del CP, es la indeterminación individual del círculo de víctimas, puesto que, luego de la introducción en el mercado de los comestibles o bebidas adulterados, ya no es posible determinar qué bienes jurídicos o qué portadores de bienes jurídicos resultarán afectados; el curso causal desencadenado por la acción típica deja de ser dominable por el autor y, en consecuencia, ya no es posible determinar la cantidad de víctimas que resultarán dañadas³⁵. Luego, para la realización del delito del inciso 2° del artículo 315 del CP *no basta* con la puesta en peligro individual del bien jurídico vida o salud de *una persona*.

Respecto del injusto del delito del artículo 492 del CP (en relación con el delito del artículo 399, también del CP), no es posible afirmar que este

32 Véase en la Historia de la Ley N° 17.155 de 1969 el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, contenida en la página 3471 y siguientes de la transcripción de la sesión 41ª de la Cámara de Diputados, celebrada el martes 5 de septiembre de 1967.

33 Sobre el concepto de peligro general o común en detalle, DOVAL (1996), pp. 289 y ss.

34 Véase HEINE y BOSCH (2014), n.m. 19.

35 HOLTERMANN (2007), p. 85.

se agote, como razona el tribunal, en un desvalor de comportamiento. En todo delito de resultado, conducta típica y modificación del mundo exterior están vinculadas indisolublemente, y de manera recíproca en el plano del injusto³⁶. El comportamiento típico conlleva la creación desaprobada por el Derecho de un peligro, en el sentido de desencadenar determinados cursos causales que pueden ocasionar el resultado previsto en el tipo. El resultado típico, por su parte, ha de ser la consecuencia específica de la creación jurídicamente desaprobada del peligro. Por eso, solo puede afirmarse el desvalor de comportamiento cuando, según la experiencia de vida, la conducta desencadenó o pudo desencadenar el resultado previsto en el tipo; mientras que solo podrá concurrir el desvalor de resultado si este se hubiera evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, cumpliéndose con el respectivo deber jurídico³⁷.

Habiendo aclarado el contenido de injusto de los delitos previstos en el inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315, y en el artículo 492, en relación con el artículo 399, todos del CP, corresponde responder derechamente la cuestión de si el injusto del delito consistente en realizar imprudentemente adulteraciones en comestibles puede, tal como lo indica el tribunal de San Bernardo, captar el injusto de los delitos de lesiones culposas.

Pues bien, en este caso no puede verse un supuesto de concurso aparente, ya que la realización del peligro en un efectivo daño a la salud (que padecieron cuatro consumidores) en ningún caso queda absorbida por el peligro general creado con la adulteración del alimento. Aquí puede constatar un desvalor de resultado, consistente en el daño a la salud que padecieron las cuatro víctimas, que no queda absorbido por el desvalor de conducta del delito de peligro abstracto-concreto del inciso 2° del artículo 317, en relación con el inciso 2° del artículo 315. El Derecho penal no solo desvalora acciones, sino también resultados, y estos, en el denominado "periodo culposo" del caso, (solo) forman parte del injusto del artículo 492, en relación con el artículo 399, normas de sanción que no pueden quedar desplazadas por el delito del inciso 2° del artículo 317, todos del CP³⁸.

36 Así, JESCHECK y WEIGEND (1996), p. 585; DONATSCH (1987), p. 50.

37 En este sentido, DONATSCH (1987), pp. 50 y s.

38 Cfr. PÉREZ (2001), p. 487.

En un sentido contrario, como el injusto del delito del artículo 492 del CP, en relación con las lesiones menos graves, no consiste en la puesta en peligro imprudente de la vida y salud de un número indeterminado de usuarios del producto, era indispensable en este caso, también, la aplicación del inciso 2º del artículo 317, en relación con el inciso 2º del artículo 315, ambos del CP, que sí sanciona el peligro común³⁹. El castigo únicamente a título del artículo 492, en relación con el artículo 399, solo procedería si todos los hipotéticos sujetos puestos en peligro hubieran efectivamente resultado lesionados⁴⁰.

Existe consenso en el sentido de que, entre los delitos de lesión y de peligro cuya aplicación entra en consideración en un caso de responsabilidad por el producto, hay normalmente una relación de concurso ideal de delitos, no de leyes⁴¹. La solución del concurso ideal es la única capaz de lograr que la respectiva sentencia condenatoria *exprese* cabalmente *los distintos injustos cometidos* por el fabricante, cuando este, junto con poner en riesgo los bienes jurídicos de un círculo indeterminado de consumidores, daña de manera efectiva alguno o algunos de ellos⁴².

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXANDER, Thorsten (2005): *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Wahrung der Verkehrssicherungspflichten in Unternehmen* (Herbolzheim: Centaurus).
- BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut (2017): *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 47ª edición (Heidelberg: Müller).
- BOSCH, Nikolaus (2002): *Organisationsverschulden in Unternehmen* (Baden-Baden: Nomos).

39 De acuerdo con los hechos probados, el producto defectuoso fue vendido a hospitales, clínicas, farmacias y a otros clientes.

40 Cfr. PÉREZ (2001), p. 487; CUADRADO (1998), p. 194.

41 Véase, por ejemplo, CORCOY (1999), p. 358; CUADRADO (1998), pp. 193 y ss.; MAYER (2008), p. 112; ÍÑIGO (2001), p. 304; HILGENDORF (1993), p. 169.

42 Sobre la *función de aclaración* como criterio de distinción entre los casos de concurso aparente y los supuestos de concurso ideal de delitos, véase BEULKE y SATZGER (2017), n.m. 1.096.

- CONTRERAS, Lautaro (2012): *Normative Kriterien zur Bestimmung der Sorgfaltspflichten des Produzenten* (Berlín: Duncker & Humblot).
- CORCOY, Mirentxu (1999): *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- CUADRADO, María (1998): *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario* (Barcelona: Bosch).
- DONATSCH, Andreas (1987): *Sorgfaltbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt* (Zúrich: Schulthess Polygraphischer Verlag).
- DOVAL, Antonio (1996): *Delitos de fraude alimentario* (Pamplona: Aranzadi).
- EICHINGER, Harald (1997): *Die strafrechtliche Produkthaftung im deutschen im Vergleich zum anglo-amerikanischen Recht* (Fráncfort del Meno: Peter Lang).
- FOERSTE, Ulrich (2012): "§ 24. Verkehrspflichten im Bereich der Warenherstellung", en GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich y FOERSTE, Ulrich (edit.), *Produkthaftungshandbuch*, 3ª edición (Múnich: C.H. Beck).
- FRISCH, Wolfgang (1988): *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (Heidelberg: Müller).
- HEINE, Günter y BOSCH, Nikolaus (2014): "Vorbemerkungen zu den §§ 306 ff.", en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horts, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª edición (Múnich: C.H. Beck). Disponible en: <<http://www.beck-online.beck.de/Home>>.
- HERNÁNDEZ, José (1994): "Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVII, Fasc. 1.
- HILGENDORF, Eric (1993): *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"* (Berlín: Duncker & Humblot).
- HOLTERMANN, Christian (2007): *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung* (Baden-Baden: Nomos).
- ÍÑIGO, María (2001): *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos* (Barcelona: Bosch).
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5ª edición (Berlín: Duncker & Humblot).

- MAYER, Michael (2008): *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden* (Berlín, Springer).
- MERZ, Malte (2017): "Strafgesetzbuch (StGB) § 13 Begehen durch Unterlassen", en GRAF, Jürgen Peter *et ál.* (eds.), *Wirtschafts-und Steuerstrafrecht*, 2ª edición (Múnich: C.H. Beck).
- MIR, Santiago (2015): *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición (Montevideo: B de F).
- PÉREZ, Fernando (2001): "Alimentos transgénicos y Derecho penal. Apuntes para una reflexión", en ARROYO, Luis *et ál.* (eds.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam* (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha).
- PIÑA, Juan y COX, Francisco (2013): "Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa", en SILVA, Jesús-María y MIRÓ, Fernando (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica* (Madrid: La Ley).
- ROXIN, Claus (2003): *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat* (Múnich: C.H. Beck).
- SCHMIDT-SALZER, Joachim (1988): *Produkthaftung Bd. I Strafrecht* (Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2ª edición).
- STRATENWERTH, Günter y KUHLEN, Lothar (2011): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ª edición (Múnich: Vahlen).
- WALTER, Stefan (2000): *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht* (Fráncfort del Meno: Peter Lang).

**CAPÍTULO V.
CRÍMENES Y DELITOS CONTRA
EL ORDEN DE LAS FAMILIAS, CONTRA LA MORALIDAD
PÚBLICA Y CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL
(TÍTULO VII)**