

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAGÍSTER EN DERECHO, MENCIÓN EN DERECHO PENAL
VERSIÓN SEGUNDO SEMESTRE AÑO 2015

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS
“SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTIVOS
A TÍTULO DE AUTORÍA DE UN DELITO CULPOSO O DE COMISIÓN POR
OMISIÓN, EN EL CASO EDIFICIO ALTO RÍO.”

AUTOR: GUSTAVO ADOLFO PROMIS BAEZA
C. I. N°: 9.907.375-6
PROFESOR GUÍA: SR. GERMÁN OVALLE MADRID
2019

RESÚMEN

A consecuencia del terremoto del año 2010, el Edificio Alto Río se desplomó, ocasionándose la muerte a 8 personas y lesiones diversas a otras 7.

En el juicio penal que se siguió, fueron condenados los directivos de las empresas dueñas y desarrolladoras del proyecto inmobiliario, como autores de cuasidelitos de homicidio, lesiones graves gravísimas y simplemente graves, sentencia que fue revisada por la Excma. Corte Suprema, que rechazó los recursos de nulidad interpuestos.

A propósito de estos dos fallos, resulta de interés analizar si, para la dogmática, las imprudencias acusadas a los empresarios integran la categoría de los delitos de comisión por omisión, o bien, los razonamientos de las sentencias fueron adecuados, en cuanto a imputarles responsabilidad como autores de delitos imprudentes. También se ponderará si en las sentencias se les hizo una injusta atribución de responsabilidad objetiva.

En el trabajo se analizará si los directivos condenados poseían una posición de garante de los bienes jurídicos afectados, en que consiste esa posición, las fuentes que la fundamentan y sus límites, o si bien, si sus imprudencias corresponden a una negligente infracción a su deber de cuidado y como este deber presenta similitudes y analogías con la obligación de garante.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad Objetiva, Delitos Imprudentes, Delitos de Comisión por Omisión; Posición de Garante; Deber de Cuidado.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	pág. 4
1. CAPÍTULO I.....	págs. 9-22
1.1. SÍNTESIS DEL FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, DE FECHA 4 DE ABRIL DE 2014, PRONUNCIADO EN LOS AUTOS ROL N° 185-2014.....	pág. 9
1.2. PROBLEMAS TRATADOS EN LA DOGMÁTICA QUE SE PUEDEN IDENTIFICAR.....	pág. 19
2. CAPÍTULO II.....	págs. 23-78
2.1. EN CUANTO A LA POSIBLE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	pág. 23
2.2. SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE DELITOS IMPRUDENTES.....	pág. 31
2.3. EN CUANTO A LA POSICIÓN DE GARANTES QUE DETENTABAN LOS ACUSADOS Y SUS FUENTES.....	pág. 37
2.4. PRODUCCIÓN DE UN RESULTADO TÍPICO Y SU IMPUTACIÓN A LA OMISIÓN.....	pág. 51
2.5. CONTENIDO Y LÍMITES DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPRESARIO. CONDICIONES EN LAS QUE PUEDE SER LEGÍTIMO HACER CARGAR A UNA PERSONA POR LOS DESCUIDOS DE OTRA.....	pág. 60
2.6. LA IMPRUDENCIA EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN, CRITERIO ADOPTADO POR LA SENTENCIA Y ACTUAL SOLUCIÓN DOGMÁTICA.....	pág.71
3. CAPÍTULO III.....	págs. 79-86
CONCLUSIONES.....	pág.79
BIBLIOGRAFÍA.....	pág.81
FALLOS CITADOS.....	pág. 86

INTRODUCCIÓN

Entre las secuelas más graves que dejó el terremoto ocurrido en la madrugada del 27 de febrero de 2010 en la ciudad de Concepción, estuvo el desplome de la Torre Padre Hurtado, que constituía la primera etapa de la obra denominada “Condominio Alto Río”, y a consecuencia del cuál, ocho personas fallecieron, una sufrió lesiones graves gravísimas y otras seis resultaron con lesiones simplemente graves.

La construcción del edificio fue realizada por la Sociedad Constructora de Viviendas Limitada (ejecutora del proyecto) y la Sociedad Inmobiliaria Río Huequén Limitada (dueña del proyecto y se determinó que en su ejecución se incurrieron en incumplimientos de las normas de hormigón armado y antisísmicas, hubo errores de cálculo estructural en el diseño del edificio, se realizaron cambios en los planos estructurales del proyecto, así como problemas de fiscalización e incluso de idoneidad de las personas a cargo de la obra, las que carecían de preparación técnica y experiencia necesarias para realizar una construcción de esa envergadura, factores que sumados al sismo, propiciaron la fractura y el desplome del edificio y la consiguiente responsabilidad de los involucrados en la obra.

La acción penal también se dirigió en contra de los dueños y representantes de las empresas encargadas de la construcción del edificio, señores Juan Ignacio Ortigosa Ampuero, Felipe Andrés Parra Zanetti y Ricardo Lorenzo Baeza Martínez, a quienes se les atribuyó responsabilidad como autores de cuasidelitos, motivó la realización de dos juicios orales ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción¹.

Los señores Ortigosa, Parra y Baeza fueron, a la sazón, los dueños, representantes legales y gerentes general, de finanzas y técnico, respectivamente, de las sociedades que realizaron el proyecto inmobiliario siniestrado.

¹ Sentencias TOP Concepción RIT: 251-2012, de fecha 10 de diciembre de 2012 y 10 de diciembre 2013.

La sentencia definitiva del primero de los juicios, que no será motivo de análisis por no tener relevancia para este estudio y que es de fecha 10 de diciembre de 2012, arribó a decisión de condena únicamente respecto del ingeniero calculista René Pettinelli Loayza, resultando los otros 7 acusados absueltos de los cargos que se les formularon².

No obstante, este juicio fue anulado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, por haberse incurrido en la sentencia, entre otros defectos, en la causal de nulidad contemplada en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal.

En el segundo juicio oral realizado por estos hechos ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, autos caratulados “ALEXIS OCTAVIO CARRASCO INOSTROZA C/ FELIPE ANDRÉS PARRA ZANETTI”, RIT 251-2012, RUC 1000227267-4, su sentencia definitiva de fecha 10 de diciembre de 2013, estableció que entre las causas concomitantes que produjeron el colapso y derrumbe del edificio estuvo también “La deficiente gestión y decisiones imprudentes por parte de quienes tenían el mando y poder de decisión en la dirección del proyecto en cuestión”, motivo por el cual, a los señores Juan Ignacio Ortigosa Ampuero, Felipe Andrés Parra Zanetti y Ricardo Baeza Martínez, se les declaró culpables y se les condenó a las penas de tres años de reclusión menor en su grado medio y a las accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, además de las costas del procedimiento, por su responsabilidad en calidad de autores de 8 cuasi delitos de homicidio, 1 cuasidelito de lesiones graves gravísimas y 6 cuasidelitos de lesiones simplemente graves cometidos el 27 de febrero de 2010.

En contra de esta sentencia las defensas de los acusados Juan Ortigosa Ampuero, Ricardo Baeza Martínez y Felipe Parra Zanetti dedujeron Recursos de Nulidad, los que se tramitaron ante la Excma. Corte Suprema bajo el Rol N° 185-14, los que fueron resueltos por sentencia de fecha 4 de abril de 2014, que los desestimó.

² Sentencias TOP Concepción RIT: 251-2012, de fecha 10 de diciembre de 2012 y 10 de diciembre 2013.

La sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción y confirmada por la Excma. Corte Suprema, respecto a estos imputados, ha sido objeto de debate y cuestionamientos dogmáticos, pues pareciera ser que, en sus razonamientos, la decisión de condena de los acusados se sustenta y justifica en sus calidades de dueños, representantes legales y empleados gerentes de las empresas involucradas en el proyecto inmobiliario y, además, por su carácter de propietarios primer vendedor de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, circunstancias por las que le correspondería una responsabilidad civil por lo acaecido y no la penal que se les pretendió, sin considerar conductas específicas en que estos ejecutivos hayan incurrido. Se dijo, por parte de las defensas, que esto constituyó una ilegítima atribución de responsabilidad objetiva a los condenados, que infringiría la garantía del artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política, en el sentido que no se puede presumir de derecho la responsabilidad penal.

Una de las cuestiones de mayor preocupación para el moderno derecho penal empresarial ha sido conocer como se articula la responsabilidad penal por omisión del empresario por la no evitación de determinados delitos “cometidos” por terceros a su cargo plenamente responsables³.

Para la solución de este problema la doctrina recurre al análisis de la legislación vigente, en especial a la regulación sobre autoría y participación que ineludiblemente se deben aplicar, sin dejar de considerar principios generalmente aplicables como son el “principio de responsabilidad por el hecho propio”, la conformidad o disconformidad a derecho de las acciones precedentes peligrosas, la naturaleza del riesgo permitido, la relación que existe entre el deber de cuidado y el deber de garantía en la empresa y los efectos que surte la delegación de competencias o funciones, cuestiones todas que incidieron en el caso que resolvieron las sentencias definitivas aludidas.

³ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas*, pág. 78.

Se sostuvo que los fallos en cuestión, no tuvieron en consideración, respecto de los acusados, los principios de condición suficiente y de división de funciones en base a la confianza, ambos connaturales a la gestión de una empresa y, que su calidad de dueños, representantes y empleados gerentes de las empresas involucradas, les conferían penalmente, per se, la posición de garantes que se les atribuyó.

No obstante, en doctrina y, especialmente en el ámbito de la responsabilidad por el producto, la posición mayoritaria es que la posición de garantía del empresario se fundamenta en la normativa extra penal, a la que éste se debe supeditar y en la que se le asignan obligaciones propias de la actividad y que deben atender. ¿Existen en nuestra legislación tal tipo de normas obligatorias subsumibles penalmente, o si el discurrir de los fallos fue el de conferir una posición de garantes a los acusados únicamente por su condición de empresarios de la construcción?

En este sentido, se suscita el cuestionamiento sobre si la responsabilidad penal de estos empresarios surgió, para los sentenciadores, de una mera infracción a normativa extra penal o si también se consideró como relevante para su juzgamiento, la causalidad que en el resultado produjeron sus omisiones imprudentes y cuál es la preponderancia que se le otorgó a ambos factores en las sentencias estudiadas.

En cuanto a la vulneración del principio de condición suficiente, se adujo por las defensas que a los acusados se les responsabilizó por lo que hicieron o dejaron de hacer otros, a quienes habían contratado para hacer correctamente, lo que provocó el desmoronamiento del edificio, los que también fueron objeto de reproche penal. En este sentido, surge la duda dogmática sobre bajo qué condiciones puede ser legítimo hacer cargar a una persona por los descuidos de otra⁴.

También se entiende en el contexto de funcionamiento de las empresas que en ellas existe necesariamente una división de funciones, que se sustenta en la confianza

⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, Responsabilidad penal por omisión del empresario, pág. 17.

que existe en el correcto desempeño de los distintos intervinientes. Por lo mismo, ¿Habría un error excusable por parte de los altos ejecutivos al conferirles confianza a los profesionales y técnicos que desatendieron negligentemente sus obligaciones?, o bien, es tan claro el razonamiento de la sentencia en cuanto a que los ejecutivos no tenían funciones claramente definidas, sino que todos ellos actuaban dentro de unas mismas esferas de atribuciones.

En lo relativo a la posición de garantes, si bien se sostiene que los directivos de empresa tienen deberes especiales de vigilancia, es dable decir que tales deberes no les hacen per se penalmente responsables de las lesiones que provoque la actividad empresarial. Se verá si la figura de garante del empresario se fundamenta en un deber de protección genérico⁵, en el sentido que los órganos de las personas jurídicas están obligados según el derecho privado a velar por bienes jurídicos dentro de sus respectivos ámbito de funciones.

Este estudio centrará su análisis en las consideraciones que tuvieron ambos Tribunales, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción y la Excma. Corte Suprema, para arribar a sus respectivos veredictos y contrastar éstos con las diferentes opiniones que la doctrina ha expuesto para analizar los problemas de relevancia dogmática suscitados con este caso, de especial complejidad y contingencia.

Asimismo, se analizará si los hechos juzgados se correspondían con la figura típica del artículo 492 del Código Penal, cuyo fue el veredicto de los sentenciadores, o bien, debieron ser ponderados como correspondientes a delitos de comisión por omisión y si la solución adoptada, habría sido similar o diferente respecto de los sujetos objeto de juzgamiento.

⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Responsabilidad penal por omisión del empresario, pág. 91.

CAPÍTULO I

1.1.- SÍNTESIS DEL FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, DE FECHA 4 DE ABRIL DE 2014, PRONUNCIADO EN LOS AUTOS ROL N° 185-2014.

En contra de la sentencia definitiva del el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, la defensa de los acusados Juan Ignacio Ortigosa Ampuero, Felipe Parra Zanetti y Ricardo Lorenzo Baeza Martínez, dedujeron Recursos de Nulidad, los que se tramitaron ante la Excma. Corte Suprema bajo el Rol N° 185-2014, los que fueron resueltos por sentencia de fecha 4 de abril de 2014, que los desestimó.

Estos recursos⁶, consideraron una causal principal de nulidad y otras ocho subsidiarias, las que son, conjuntamente con su resolución, sintetizadas a continuación:

La causal principal invocada por los recurrentes fue la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciándose la infracción al artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política, que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, vicio que, según ellos, se produjo porque les atribuyó responsabilidad por el solo hecho de ser dueños, representantes legales y gerentes y la calidad de propietarios primer vendedor, sin dar razón de la forma en que se habrían dado los presupuestos legales de la responsabilidad penal, puesto que de ninguno de ellos se demostró que tuvieran una participación técnica y decisoria en la planificación, ejecución y desarrollo del proyecto inmobiliario, funciones subcontratadas a técnicos especialistas o distribuidas entre los distintos empleados contratados precisamente para cumplir tareas calificadas que ellos

⁶ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol N° 185-2014, caratulados JUAN IGNACIO ORTIGOZA AMPUERO, RICARDO BAEZA MARTINEZ, FELIPE PARRA ZANETTI. (QTES.: MARCELO OYHARCABAL FRAILE Y OTROS), Recursos de Nulidad.

no desarrollaron y que, el deber de vigilancia que sobre estos especialistas les correspondió, no los hace responsables, per se, de las lesiones que haya provocado la actividad empresarial, ni permite hacerse una imputación de responsabilidad penal.

La sentencia de la Excma. Corte desestima el recurso por esta causal, porque entiende que en el fallo recurrido no se ha hecho aplicación de disposición legal alguna que presuma de derecho la responsabilidad penal de los acusados, sino que, de contrario, los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción desarrollaron largas disquisiciones acerca de las conductas que los acusados desplegaron y aquellas que omitieron; y cuáles eran prohibidas, tanto como las esperadas de ellos dentro de la esfera de sus obligaciones propias, para luego concluir que incurrieron en desempeños negligentes y actitudes imprudentes, tanto es así que los mismos recurrentes señalaron en sus libelos al menos dos circunstancias en las que se apoyaron los juzgadores para establecer su responsabilidad y en las que no se aprecia la falta que se reclama⁷.

En subsidio de la causal principal, los acusados esgrimieron como primera, la causal contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por estimar que se incurrió en una infracción a la garantía a ser condenado exclusivamente sobre la base de prueba legalmente rendida, en relación a lo dispuesto en los artículos 340 del Código Procesal Penal, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica, infracción que se habría producido porque en el considerando 11º de la sentencia se valoró “las especificaciones técnicas de la obra”, documento que no se incorporó como prueba al juicio y que se usó para concluir que la obra debía ser sometida a un control técnico experto y de cuya lectura resumida nunca se escuchó la palabra “ITO” o “Inspección Técnica de Obras.”

El Excmo. Tribunal constató que en la audiencia de juicio oral se autorizó la lectura resumida del documento en cuestión, sin que ninguna de las partes formulara alguna objeción sobre la integridad o veracidad del mismo y que, en la audiencia de

⁷ Considerando Duodécimo de la sentencia causa Rol N° 185-2014 Corte Suprema.

conocimiento de los recursos, se escuchó del abogado recurrente al dar lectura al documento, cuando rendía su prueba, decir en al menos dos oportunidades el término “ITO” o “Inspector Técnico de Obras”, expresión que es la que se ha echada de menos por las defensas, sin perjuicio del agregado “externo” que se ha extrañado en el fallo, lo que es analizado más adelante en la sentencia, por lo que en este caso, no se trataría de la incorporación ilegítima de un medio de prueba o de la ponderación de una prueba no incorporada legalmente, sino que de la discrepancia sobre la valoración misma que se asignó al documento concreto; por lo que los recursos interpuestos en virtud de esta causal son desestimados⁸.

La segunda causal subsidiaria de nulidad invocada por las defensas fue la contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciando infracción al derecho a un juicio oral y público y a la garantía de la inmediación. Al respecto, las defensas dijeron que los peritos del IDIEM declararon haber basado sus informes en los testimonios de la investigación que la Fiscalía llevó adelante, con lo cual se introdujeron al juicio varias declaraciones de personas que no depusieron ante el Tribunal, sino que lo refirieron los peritos y los funcionarios de la PDI Cristóbal Ramírez y Jorge Abate. Se trató de testimonios de oídas y en otros casos sólo de la reproducción de lo declarado en la carpeta de investigación. Además, se indica a vía ejemplar, las referencias en el fallo a las declaraciones de los peritos Eduardo Sanhueza Ruiz, David Silva Saavedra y Fernando Yáñez Uribe, que aluden a lo declarado en la investigación por otras personas que no declararon en el juicio, agregando que se vulnera, en especial, el derecho a interrogar a los testigos de cargo y que los testigos de descargo sean interrogados en las mismas condiciones; además, que la prueba documental que sirve de fundamento a la condena, sea válidamente incorporada al juicio mediante su lectura, y con ello entonces se infringen los artículos 14, números 1 y 3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, añadiéndose además, que la condena se apoyó en prueba no incorporada legalmente al juicio oral, lo que se produjo al tener por cierto que faltó la inspección técnica externa de obra, conclusión que se obtuvo del documento sobre

⁸ Considerando Décimo Tercero de la sentencia causa Rol N° 185-2014 Corte Suprema.

especificaciones técnicas, del que se hizo lectura resumida, sin mencionar jamás tal obligación.

Los recursos deducidos por esta causal son rechazados por cuanto se estima que, en realidad, no se está objetando la intermediación del tribunal o las facultades que pudieron eventualmente ejercer los defensores, sino que se trataría más bien de un asunto de ponderación de prueba, además de que los recursos por esta causal también son negados por falta de fundamentos, ya que en los libelos no se explica una impugnación concreta en relación a la garantía que se dice amagada, tampoco se explicita cómo se ha materializado la infracción que se pretende y cómo ella habría terminado siendo sustantiva⁹.

Como tercera causal subsidiaria, las defensas esgrimieron la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciando infracción al derecho a ser oído, garantía reconocida en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política, pues el tribunal, en su sentencia, si bien reconoce algunos de los aspectos medulares vertidos por su parte en los alegatos de apertura y clausura, en definitiva no se hace cargo, no considera, ni evalúa, sus alegaciones en cuanto a que los defectos de construcción atribuidos no tuvieron relevancia estructural en el colapso y no consideró los cuestionamientos planteados respecto de los peritos del IDIEM, por lo que, en consecuencia, las argumentaciones vertidas a este respecto habrían quedado desprovistas de pronunciamiento.

La Corte Suprema estima que las alegaciones son, básicamente, un cuestionamiento que se levanta sobre la insuficiencia o poca idoneidad científica de una prueba y que no fue acogida por el tribunal, disentir lo que no forma parte de la teoría de la defensa, no pudiendo los recurrentes afirmar que no han sido oídos, por cuanto la sentencia puntualizó que el reproche que a cada acusado se le realizó, se fundamentó

⁹ Considerando Décimo Cuarto y Décimo Quinto de la sentencia causa Rol N° 185-2014 Corte Suprema.

en conductas concretas y comprobadas en el juicio oral y que detallaron en la sentencia¹⁰.

En su cuarta causal subsidiaria, las defensas alegaron la concurrencia de la causal absoluta del artículo 374 letra d) del Código Procesal Penal, denunciando violación de normas de publicidad y continuidad del juicio, porque el artículo 343 de ese código exige que, concluida la deliberación, la sentencia se pronuncie en la audiencia respectiva señalando si se condena o absuelve a los imputados y los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones, sancionándose con nulidad del juicio en caso de incumplimiento, para cuyo caso se ordena la repetición del procedimiento en breve plazo.

Explican que la Juez Presidente del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, al comunicar el veredicto, sólo declaró la condena de los acusados, sin precisar los cargos y sin indicar cuáles conductas u omisiones eran las que se tenían por establecidas ni las pruebas específicas que las demostraban señalando como fundamento.

No obstante, el Tribunal de Nulidad rechaza también esta causal absoluta de nulidad, por cuanto, durante la audiencia de conocimiento la sección de audio respectiva, en donde se escuchó a la Sra. Juez Presidenta del Tribunal Oral manifestar que la decisión del tribunal era la de condenar a los acusados que individualizó y por los ilícitos que expresó, señalando cada uno de los cuasidelitos en que habían incurrido para luego agregar a grandes rasgos los fundamentos de tal definición, por lo que estima que no se produjo el vicio denunciado, ya que lo que sanciona la norma no es la extensión del contenido, sino la completa omisión del pronunciamiento de la decisión del Tribunal, lo que no ocurrió en la especie¹¹.

¹⁰ Considerandos Décimo Sexto a Décimo Noveno de la sentencia causa Rol N° 185-2014 Corte Suprema.

¹¹ Considerando Vigésimo de la sentencia causa Rol N° 185-2014 Corte Suprema.

En su quinta causal subsidiaria, las defensas adujeron la concurrencia del vicio que sanciona el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, es decir infracciones al principio de congruencia entre lo aseverado en la acusación y el fallo recurrido, las que especifican.

La Corte Suprema previene que, si bien, el artículo 341 del Código Procesal Penal al establecer el referido principio, cuando señala que la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación, se refiere a una descripción fáctica y no jurídica y, la concurrencia de otras disposiciones legales que se refieran a una situación concreta o que describan mayores o menores condiciones de una situación específica, no conlleva necesariamente que exista un cambio de calificación jurídica, que es lo que sucede en la especie, por cuanto la imputación que se hizo en la acusación fue por los mismos ilícitos por los que resultaron condenados los recurrentes, es decir, cuasidelitos de homicidio, de lesiones graves gravísimas y de lesiones simplemente graves, previstos en los artículos 492 inciso 1° en relación al artículo 397 N° 1 y 2 ambos del Código Penal, sancionados en el artículo 490 N° 1 y 2 del mismo código y en ambos casos en relación a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, Norma Chilena 433, Norma Oficial de la República de Chile por Decreto N° 172 de 5 de diciembre de 1996 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial 35.648 de 23 de diciembre de 1996 (NCh433 Of.96); normas del Código de Diseño de Hormigón Armado ACI318-95 y demás normas técnicas aplicables en la materia, que es lo que reza la acusación y se puede constatar que el presupuesto fáctico que se tuvo por cierto es el mismo que se indica en la acusación, de modo que no se produce infracción al principio de congruencia alegado como vicio¹².

Como sexta causal subsidiaria, las defensas adujeron la del artículo 374 letra e), en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, alegando falta de fundamentos en la sentencia, en relación con los siguientes puntos:

¹² Considerando Vigésimo Primero de la sentencia causa Rol N° 185-2014 Corte Suprema.

1) La sentencia tuvo por acreditado que no hubo una inspección técnica de obra, lo que da por probado con los dichos del perito Eduardo Sanhueza, quien se refirió a lo manifestado por otros testigos, que no cita. Sin embargo, se testigo, como el sub director de la Dirección de Obras Municipales y el arquitecto del proyecto, declararon que la obra no requería inspección técnica externa, lo que tampoco se concluye en el documento “Especificaciones Técnicas de Arquitectura”, que define otro campo de aplicación y de cuya lectura resumida jamás se pronunció la expresión inspección técnica externa de la obra o ITO. También se dejó sin valorar el Permiso de Edificación, que no contempla inspector técnico externo; ni lo dicho por el ingeniero Eduardo Ojeda, encargado de la oficina técnica de la empresa.

2) El tribunal incurrió en los mismos defectos a propósito de la prueba rendida para demostrar que el mecanismo de colapso es incompatible con los defectos constructivos imputados, tal como fue declarado los testigos René Lagos y Peter Dechent.

3) Se atribuyó responsabilidad a los recurrentes por no someter los cambios estructurales del proyecto de cálculo a nueva revisión de la Municipalidad, infringiendo con ello el artículo 119 de la Ley General de Urbanismo y Construcción. Sobre esto, no se valoró lo dicho por Ricardo Schneider, Eliseo Rivera, del perito del IDIEM Eduardo Sanhueza, del funcionario de la PDI Jorge Abate Reyes, los peritos David Silva y René Lagos; tampoco los documentos presentados por el Ministerio Público consistentes en Permiso de Construcción, planos de arquitectura y certificado del Ingeniero revisor Sr. Bonelli.

4) También infringió el artículo 297 del Código Procesal Penal, al haberse condenado en base a prueba que no se rindió y que ni siquiera fue mencionada en el juicio, puesto que los jueces tuvieron por establecida la obligación de cumplir con una inspección técnica externa de la obra, lo que extrajeron del documento denominado “Especificaciones Técnicas”, el que se incorporó a través de lectura resumida, en la que no se leyó la expresión “ITO” o Inspección Técnica Externa. A esto se agrega que en el

fallo se señaló que, de haber existido inspección técnica externa, resulta evidente que el edificio no habría colapsado, sin que exista prueba alguna que sostenga tal conclusión¹³.

Sobre el punto 1), el Excmo. Tribunal señala que ya desestimó la alegación relativa a la forma de incorporación del documento en cuestión y que, de su lectura, también realizada ante él, se escuchó claramente, en al menos dos ocasiones la expresión “ITO” o Inspector Técnico de Obra. Estima que lo que se alega sobre este punto concreto, no es más que una discrepancia sobre la ponderación conjunta de los elementos de cargo. Observa que las interrogaciones de los defensores apuntaban a la obligatoriedad legal de contar con inspector técnico externo, en tanto el razonamiento del tribunal apuntó al hecho que la inspección técnica se contempló en las especificaciones de obra que fue uno de los antecedentes sometidos al control de la Dirección de Obras para el otorgamiento de los permisos respectivos y, visadas en dicho aspecto, resultó obligatorio para los acusados dar cumplimiento a todo aquello que se comprometieron al tiempo de obtener el permiso de la autoridad administrativa. Estima que la defensa discurre en un ámbito diverso de aquel por el cual razonaron los magistrados, de modo que no es factible concluir la existencia de la omisión que se reprocha al fallo¹⁴.

En cuanto al punto 2), se señala que no se verifica en la especie la infracción denunciada, en términos que el tribunal haya omitido hacerse cargo de prueba rendida, sino que tan sólo los jueces hicieron un trabajo de ponderación de elementos en cuyo ejercicio se desempeñan de modo soberano; y, respecto del punto 3), estima que lo alegado corresponde a meros argumentos de la defensa que no coinciden con las conclusiones de los jueces del Tribunal Oral, apareciendo de la sola lectura del motivo undécimo de la sentencia recurrida, que si se consideró lo dicho por los peritos Schneider, Sanhueza, Pereira, Rivera y Dechent y las declaraciones de los funcionarios

¹³ Extracto Considerando Séptimo sentencia causa Rol N° 185-2014 Corte Suprema.

¹⁴ Considerando Vigésimo Sexto de la sentencia causa Rol N° 185-2014 Corte Suprema.

de la PDI Cristóbal Ramírez y Jorge Abate; además de la información extraída del computador del acusado Petinelli y los planos que él mismo entregó a la Policía de Investigaciones; el certificado extendido por el revisor Bonelli; los planos de arquitectura, una carta firmada por el gerente general acusado, Juan Ortigosa y otra N° 230 del acusado Baeza, por lo que los elementos probatorios han sido considerados, reduciéndose la protesta a la valoración que de ellos se ha hecho, desestimándose el recurso por esta causal¹⁵.

En la séptima causal subsidiaria del recurso, se contempla la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, denunciando a través de ella cuatro capítulos diferentes de infracción. Sobre la exigencia de inspección técnica externa desarrollada en la sentencia, se aduce violación de los artículos 143 de la Ley General de Urbanismo y Construcción y 1.3.2 N° 8 de la Ordenanza respectiva, que sólo lo exige para los edificios públicos; también se infringe el artículo 119 de la Ley, porque que esa norma no impone la obligación de revisión del revisor y de la municipalidad los cambios estructurales del proyecto de cálculo a los recurrentes; asimismo, los se vulneran los artículos 1.1.2; 1.2.2; 3.3.9; 5.1.6 letras g) y h); 5.1.17; 1.2.9; 1.3.2 N° 1 y N° 7 de la ley, que no tienen el alcance que se ha pretendido darles, en cuanto a la falta de adopción de medidas que, para una obra de esta naturaleza, los acusados estaban obligados; y se infringió el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcción y 1.2.3 de la Ordenanza respectiva cuando se apoya la decisión de condena en tales preceptos, en circunstancias que aquéllos sólo tienen alcance para la responsabilidad civil.

En la sentencia se estima que estas disposiciones fueron empleadas como normas de contexto, para demostrar la infracción de reglamentos que permite establecer la negligencia e imprudencia de los acusados, los que en definitiva fueron condenados por delitos negligentes en relación al tipo penal del artículo 492 del código punitivo, en relación al artículo 490 del mismo cuerpo de leyes y también a los artículos 391 N° 2 y 397 N° 1 y 2 de ese mismo código. Asimismo, se consigna que estos dos preceptos no

¹⁵ Considerando Vigésimo Sexto de la sentencia causa Rol N° 185-2014 Corte Suprema.

fueron los únicos invocados por los jueces para tal objeto, de modo que la sola denuncia de haberse cometido una eventual infracción en aquéllos, dejando subsistentes los demás, aun en el caso de ser efectiva, supone que no se satisface la exigencia de sustancialidad en la infracción que se pretende.

Finalmente, y como octava causal subsidiaria de nulidad, los recurrentes denuncian infracción de derecho por no haberse hecho aplicación del artículo 75 del Código Penal y con ello, de una sanción inferior que medie entre 541 y 818 días de reclusión menor en su grado medio. En opinión de la defensa, se trataría de un único cuasidelito con pluralidad de resultados y, de estimarse que se trata de una pluralidad de cuasidelitos, operaría un concurso ideal, ya que un mismo hecho constituye dos o más cuasidelitos, lo que debe resolverse con lo previsto en el artículo 75 del Código Penal y no como erróneamente lo hace la sentencia, como un caso de reiteración de delitos de la misma especie en los términos del artículo 351 del Código Procesal Penal, ni menos como un concurso material de acuerdo con el artículo 74 del Código Penal. Por consiguiente, que siendo la pena mayor asignada al delito más grave la de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (artículo 490 N° 1 del Código Penal) y por favorecer a los acusados una circunstancia atenuante, de acuerdo al artículo 67 del mismo código, debe aplicarse el mínimo de esa pena, esto es, de 541 a 818 días de reclusión menor en su grado medio, lo que debe disponerse por sentencia de reemplazo.

La Excma. Corte también desecha esta causal¹⁶, porque el recurso no indica cuáles son, en concreto, las normas legales que se dicen infringidas, siendo exigencia de esta causal la invocación precisa de las disposiciones que se estiman infringidas y, además, es exigida la cita de los preceptos necesarios para pronunciar la sentencia de reemplazo que se solicita, todo lo que no se satisface en la especie. En cuanto a la aplicación del artículo 75 del Código Penal, la sentencia dio por establecida la existencia de ocho cuasidelitos de homicidio, más un cuasidelito de lesiones graves gravísimas y

¹⁶ Considerando Vigésimo Séptimo de la sentencia causa Rol N° 185-2014 Corte Suprema.

de otros seis cuasidelitos de lesiones simplemente graves, lo que fue adecuadamente razonado en la sentencia, como también se hizo sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y la sanción a imponer en definitiva, siendo ajustada a derecho la forma en que se ha sancionado a los acusados, además que lo alegado se refiere a un presupuesto fáctico establecido en la causa, supuesto que no resulta modificable para el tribunal, ya que la invocada es una causal de infracción de ley.

Este fallo fue acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Brito¹⁷, quienes estuvieron por acoger los recursos de nulidad únicamente por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en la parte que cuestionan, por infracción de derecho, la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal para los efectos de la determinación de la pena privativa de libertad impuesta a los recurrentes y de dictar sentencia de reemplazo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, porque la cuestión que motiva la falta de validez acotada consiste en una errónea aplicación del derecho, esto es, en un aspecto del todo ajeno a las formalidades del juicio y a la valoración de la prueba recogida, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo pues, determinó una pena superior a la que legalmente correspondía imponer.

1.2.- PROBLEMAS TRATADOS EN LA DOGMÁTICA QUE SE PUEDEN IDENTIFICAR.

Si bien, en los razonamientos de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción y confirmada por la Excma. Corte Suprema, se contienen los motivos y las razones fundadas que se tuvieron en consideración para desestimar los argumentos de fondo esgrimidos por la defensa de los acusados, señores Juan Ignacio Ortigosa Ampuero, Felipe Parra Zanetti y Ricardo Lorenzo Baeza Martínez, lo cierto es que en este proceso se debatieron cuestiones de trascendencia jurídico penal, tanto de

¹⁷ Parte final fallo Excma. Corte Suprema, causa Rol N° 185-2014.

parte general y especial, que merecen un análisis dogmático con la finalidad de evaluar si, en definitiva, las consideraciones empleadas para rechazar los argumentos de la defensa y arribar a la decisión de condena, satisfacen los presupuestos de justicia material, ya que no basta con que un hecho punible, esto es, el que reviste hipotéticamente el carácter de delito, sea materialmente causado por una persona para que pueda hacerse responsable de él; es necesario, también, que el hecho haya sido querido (doloso) o haya podido preverse y evitarse (que pueda existir culpa o imprudencia). Por último, para que pueda considerarse culpable un hecho doloso o culposo, debe poder exigírsele al autor un comportamiento distinto del realizado, esto es, debe juzgarse si estaba en condiciones de no haber ejecutado una conducta concreta, prohibida por la ley penal¹⁸.

En su acusación, el Ministerio Público hizo constar que estos imputados eran los socios y detentaban, conjunta y separadamente, la representación y administración de las empresas dueña y ejecutora del proyecto, “Sociedad Inmobiliaria Río Huequén Ltda.” y “Sociedad Constructora de Viviendas Limitada (SOCOVIL)” y que, debido a esa condición de mando y poder de decisión en la dirección de las empresas, debieron haber realizado el proyecto con estricto apego a la legalidad vigente y con los debidos controles que garantizaran su correcta ejecución, lo que no ocurrió, debido a su deficiente gestión y decisiones imprudentes, las que permitieron que confluyeran los errores y deficiencias detectados en la obra y que produjeron el derrumbe del edificio. Dice la acusación que, en general, estos imputados no estructuraron ni gestionaron el proyecto de manera diligente, aumentando considerablemente el riesgo de errores o desperfectos en la proyección del edificio y su construcción, faltando al deber de cuidado que las normas y la naturaleza de la obra ejecutada les imponía, produciéndose a raíz de sus actuaciones en las diversas etapas del proyecto y posterior construcción del edificio Alto Río, las irregularidades que describe y que causaron la caída del edificio y, consecuentemente,

¹⁸ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. *El tipo objetivo en los delitos de mera actividad*, pág 370.

la muerte y lesiones de las víctimas que indica¹⁹, cargos que, en definitiva, son corroborados por las sentencias en estudio. Esta aseveración fue refrendada por la sentencia definitiva y confirmada por la de la Excma. Corte Suprema que rechazó los recursos de nulidad interpuestos.

Del tenor de esta acusación y de las conclusiones vertidas en las sentencias referidas, es plausible cuestionarse si el discurrir de los sentenciadores no constituyó, para los condenados, una ilegítima atribución de responsabilidad objetiva, con la que se infringiría la garantía del artículo 19 N° 3, inciso 7°, de la Constitución Política, en el sentido que no se puede presumir de derecho la responsabilidad penal.

Si no es posible determinar que aquella fue la solución adoptada por el fallo y como no puede exigirse responsabilidad penal sin que haya habido, a lo menos, culpa de parte de los acusados, cuyo es el reproche que se les hace y que las sentencias asientan en una violación negligente a su deber de cuidado, resulta atingente analizar si las inconductas que de ellos se establecieron se corresponden a las figura doctrinaria de comisión por omisión, en este caso de delitos imprudentes, para luego constatar si efectivamente ellos detentaban una posición de garantes que les hiciera exigible ese deber y si esta posición les es asignada solo por detentar la calidad de dueños, representantes y empleados gerentes de las empresas encargadas del proyecto y por su condición de primer vendedor, o bien, si efectivamente hubo actuaciones y omisiones concretas y relevantes de su parte y en las que se pueda sustentar el nexo de evitación requerido por la figura omisiva.

La sentencia definitiva explica el desplome del edificio en errores cometidos negligentemente y con infracciones reglamentarias en la clasificación sísmica del suelo, deficiencias en el diseño estructural y falencias constructivas del edificio, así como la ejecución del proyecto sin cumplir con la legalidad vigente, falencias en las que incurrieron empleados de las empresas ejecutoras del proyecto inmobiliario y en cuyas

¹⁹ Considerando Cuarto, sentencia definitiva de fecha 10 de diciembre de 2013, pronunciada por TOP de Concepción, RIT 251-2012, RUC 1000227267-4.

funciones los acusados aseveraron no haber tenido injerencia ni corresponderles responsabilidad²⁰. En este sentido, este trabajo intentará analizar si, en sus consideraciones, las sentencias tuvieron en cuenta la necesaria división de funciones en las que se desarrolla toda actividad empresarial y si es plausible que los altos ejecutivos excusen su responsabilidad por haber elegido erróneamente a los profesionales y técnicos a quienes confiaron la realización del proyecto, o bien, fue acertado el criterio utilizado en cuanto a asimilar las esferas de atribuciones de todos y asignarles a los dueños también responsabilidad por lo acaecido en función a una inobservancia de su deber de vigilancia.

En cuanto al nexo de evitación señalado, se intentará ponderar si los incumplimientos negligentes a su deber de cuidado y que la sentencia revisada estima como acreditados, fueron condición *necesaria*, o una condición *suficiente*, para la causación del resultado penalmente relevante de muerte y lesiones culposas producidos, o si, más bien, constituyeron un elemento no necesario del grupo de condiciones conjuntamente suficientes que lo produjeron.

En lo relativo a la posición de garantes, si bien se sostiene que los directivos de empresa tienen deberes especiales de vigilancia, es dable decir que tales deberes no les hacen per se penalmente responsables de las lesiones que provoque la actividad empresarial²¹. Se intentará ver de que manera la doctrina ha abordado esta temática de las condiciones en que puede ser legítimo hacer cargar a una persona por los descuidos de otra, en el ámbito empresarial.

El centro del problema está en determinar si la violación de un deber objetivo de cuidado por parte de los directivos de la empresa que designan a un dependiente no suficientemente apto, puede legitimar un juicio de responsabilidad penal en cabeza de los directivos a título de autoría de un delito culposo.

²⁰ Ref. Razonamientos fallos TOP Concepción y causa Rol N° 185-2014 Excma. Corte Suprema.

²¹ Recursos de Nulidad, causa Rol N° 185-2014 Excma. Corte Suprema.

CAPÍTULO II

2.1.- EN CUANTO A LA POSIBLE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

La responsabilidad objetiva o responsabilidad por la mera producción del resultado, se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento penal, atendida la primacía conferida al *principio de culpabilidad*, el que considera diferentes límites a la potestad penal, conforme a los cuales, nadie puede ser culpado y sancionado por un delito sin que el juez constate la existencia de tales requisitos legales. Así las cosas, es necesario para aquello, en primer lugar, que no se haga responsable a un sujeto por delitos ajenos. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser o "personalidades" sino sólo conductas o hechos.

La doctrina suele destacar, en particular, cuatro manifestaciones jurídicas del principio de culpabilidad²² y que inciden con las alegaciones de los acusados en su recurso, a saber:

a) El principio de la Responsabilidad Personal, que implica que nadie puede ser hecho responsable si no ha tenido intervención directa en el delito que motiva la imposición de una pena o sanción, cuya regla general se encuentra establecida en el artículo 58 del Código Procesal Penal, según la cual, la acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito y que, por tanto, la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales y que, por las personas jurídicas, responden por regla general, los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afecte y sin perjuicio de las excepciones legales que establecen una responsabilidad penal autónoma a las personas jurídicas, como es el caso de la ley N°20.393;

²² SALAS ASTRAIN, Jaime. *El principio de culpabilidad*. <http://jaimesalasastrain.blogspot.com/2013/08/el-principio-de-la-culpabilidad.html>

b) El principio de la Responsabilidad por el Hecho, que implica que las personas sólo responden penalmente por las conductas que hubieren ejecutado y no por actitudes subjetivas, como las simples creencias o intenciones, o por condiciones de índole personal. No hay delito mientras las intenciones no se concreten en acciones penadas por la ley y externamente constatables, lo que obliga a configurar la tipificación de los delitos en torno a una conducta concreta, motivo por el que la doctrina penal señala que nuestro derecho penal es un derecho penal de actos, en contraposición al derecho penal de autor, generalmente proscrito;

c) El principio de la Responsabilidad Subjetiva, por el cuál, la responsabilidad penal debe estar fundada, necesariamente, aunque no de modo exclusivo, en una valoración acerca de la actitud anímica del sujeto imputado en relación con el hecho ejecutado. Es decir, no basta con que el sujeto haya sido el causante del resultado ilícito, sino que, además, se requiere examinar si estaba en condiciones de preverlo y si quiso o no su producción, lo que obliga a que al imputado se le trate como una persona dotada de razón y de libertad y no como un mero instrumento capaz de producir un resultado.

En consecuencia, el concepto de responsabilidad subjetiva se opone al de responsabilidad objetiva, según la cual, las personas deben responder por el solo hecho de encontrarse en una determinada situación, aunque no hayan podido prever siquiera la ocurrencia del resultado que motiva la imposición de una pena. Por ello, se ha sostenido que trasgreden este principio los denominados delitos calificados por el resultado, en los cuales concurre, junto con un delito base cometido con dolo o culpa, un resultado respecto del cual no es necesario probar si hubo dolo o culpa, bastando la sola relación de causalidad.

d) El principio de la Presunción de Inocencia, que implica que todo individuo ha de ser tratado como inocente, es decir, como si no tuviera responsabilidad penal alguna en el hecho que se le imputa, mientras no se dicte una sentencia de condena ejecutoriada en su contra.

Este principio forma parte del derecho al debido proceso, tal como lo establece el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, forma parte del

bloque constitucional de derechos²³ en virtud del mandato del artículo 5° inciso 2° de la Constitución y que está incluido en el artículo 4° del Código Procesal Penal, el cual dispone "Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme".

La doctrina entiende por bloque constitucional de derechos fundamentales al conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario), como asimismo los derechos implícitos, expresamente incorporados por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución y lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁴.

Si bien, nuestra Constitución Política no señala expresamente la exigencia de culpabilidad, porque no establece que la culpabilidad sea presupuesto de la responsabilidad penal, es indiscutible que, aunque de manera tímida, la reconoce y protege, puesto que la noción general de culpabilidad y sus manifestaciones concretas antes referidas, son, sin duda, una proyección de la idea de dignidad humana, de modo que la previsión constitucional de este último valor cubre todo el espectro de garantías que son inherentes al principio de culpabilidad y porque en su artículo 19 N° 3, inciso sexto, se prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, disposición que es la que los recurrentes alegaron como infringida en la causal principal de su recurso de nulidad.

²³ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*, Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>.

²⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*.

Ante la Corte Suprema, los recurrentes adujeron que el vicio alegado se produjo, porque se les atribuyó responsabilidad por el solo hecho de ser dueños, representantes legales y gerentes y la calidad de propietarios primer vendedor, sin dar razón de la forma en que se habrían dado los presupuestos legales de la responsabilidad penal, puesto que de ninguno de ellos se demostró que tuvieran una participación técnica y decisoria en la planificación, ejecución y desarrollo del proyecto inmobiliario, funciones subcontratadas a técnicos especialistas o distribuidas entre los distintos empleados contratados precisamente para cumplir tareas calificadas que ellos no desarrollaron y que, el deber de vigilancia que sobre estos especialistas les correspondió, no los hace responsables, per se, de las lesiones que haya provocado la actividad empresarial, ni permite hacérseles una imputación de responsabilidad penal. En su parecer, los jueces aplicaron un estándar de responsabilidad objetiva, remitiéndose indebidamente al artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, cuya aplicación en materia penal es improcedente.

Esta argumentación implica argüir que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción no considero, a su respecto, las manifestaciones del principio de culpabilidad de la responsabilidad personal, la responsabilidad por el hecho, la responsabilidad subjetiva y la presunción de inocencia, lo que constituye, para ellos, una improcedente e ilícita atribución de responsabilidad objetiva, la que se produce aplicándoseles el estatuto del mencionado artículo 18, cuya naturaleza es indemnizatoria y no penal. Entonces y según la tesis de las defensas, a los acusados dueños y representantes de las empresas ejecutoras del proyecto inmobiliario, se los condenaría por hechos ajenos, cometidos por empleados contratados para realizar esas funciones específicas, de las que no eran responsables ni en las que involucraron, mediante el subterfugio de aplicar una ley que no tiene relevancia en materia penal, la que es interpretada equivocadamente por los jueces como presunción de derecho de responsabilidad penal²⁵.

²⁵ Recursos de Nulidad, causa Rol 185-2014, Excma. Corte Suprema.

Toda empresa constituye una estructura compleja, cuya organización se basa, en el plano horizontal, en el principio de división del trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía, formándose así, ámbitos de competencia diferenciada que abarcan, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior, quiénes por sí mismos, o en conjunción con otros, pueden producir un hecho de carácter delictivo²⁶.

No obstante la disposición del artículo 58 del Código Procesal Penal, la tendencia generalizada, doctrinaria y jurisprudencialmente, ha sido la de estimar que la conducta delictiva realizada por el empleado no es siempre es la más relevante y que más importante que el rol desempeñado por éste, son las conductas desplegadas por quienes están situados jerárquicamente por encima de él, en grados ascendentes, hasta alcanzar el nivel de quienes detentan el control máximo de la empresa, quienes debieran responder también por el delito investigado en calidad de coautores del mismo. Por el contrario, esta apreciación no resulta posible de hacer, cuando quiénes detentan el control máximo de la empresa, no han dado órdenes, ni se han involucrado en el gestionar de sus subordinados, ni tenido participación alguna en el hecho delictivo, ello en correspondencia con el principio de la Responsabilidad por el Hecho. Por lo mismo, la solución razonable que cualquier tribunal debiera adoptar ante este tipo de situaciones, es la absolución de los acusados, debido a su ostensible falta de participación, lo que las defensas estiman que no se les hizo, debido a la obcecación del tribunal que terminó, refugiándose en este artículo para justificar su decisión de condena²⁷.

Empero las alegaciones esgrimidas por la defensa de los acusados en este sentido, sucedió que la Corte Suprema las desestimó en su fallo, pues constató que en la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción no se recurrió a ninguna disposición legal que permita presumir de derecho la responsabilidad penal de los acusados y, por el contrario, los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de

²⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *La responsabilidad penal en la empresa*, pág. 165.

²⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *La responsabilidad penal en la empresa*, pág. 165.

Concepción desarrollaron largas disquisiciones acerca de las conductas que los acusados desplegaron y aquellas que omitieron; y cuáles eran prohibidas, tanto como las esperadas de ellos dentro de la esfera de sus obligaciones propias, para luego concluir que incurrieron en desempeños negligentes y actitudes imprudentes.

Agrega la Excma. Corte en el considerando Duodécimo del fallo del recurso de nulidad que, si bien, en el desarrollo de la sentencia, los jueces citaron, entre otras disposiciones legales, el precepto del artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, que efectivamente se refiere a la responsabilidad civil por daños y perjuicios, no resulta posible afirmar que de ello se siga que se haya hecho uso de una norma que afecte la garantía del artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política. Esto se comprueba con la circunstancia de que los mismos recurrentes señalaron en sus libelos al menos dos circunstancias en las que se apoyaron los juzgadores para establecer la responsabilidad de los acusados, en las que no se aprecia la falta que se reclama: 1° que se omitió la revisión de los planos modificados por el revisor independiente y por la Dirección de Obras Municipales; y, 2° que no se cumplió con la inspección técnica de obra externa comprometida en las especificaciones.

Luego, si se examina el motivo Undécimo de la sentencia impugnada²⁸, es posible establecer que los jueces determinaron como elementos que sirvieron para establecer la responsabilidad de los acusados, los siguientes: 1) la calidad de dueños y representantes legales de la Sociedad Río Huequén Ltda. y de la Constructora Socovil Ltda., de Ortigosa, Parra y Baeza, precisando que cada uno tenía la administración, representación y uso de la razón social que correspondía separada e indistintamente a cada uno cualquiera; 2) Además, que cada uno tenía contratos de trabajo con la Constructora Socovil: Ortigosa era gerente general, Parra gerente de finanzas y Baeza gerente técnico. En ese último carácter, Baeza era el profesional técnico competente según lo prevenido en el artículo 1.1.2 de la Ordenanza y 16 y 143 de la LGUC y, por ende, debía velar porque en la construcción se adoptaran las medidas de gestión y

²⁸ Sentencia TOP Concepción RIT: 251-2012, de fecha 10 de diciembre de 2013.

control de calidad correspondientes y, fundamentalmente, en los planos y especificaciones del respectivo proyecto; 3) que los tres tenían la calidad de propietario primer vendedor, de acuerdo a los artículos 18 LGUC y 1.2.3 de la Ordenanza y en la ejecución de la obra se encargaron de solicitar los permisos de edificación, de recepción y, en general, fueron los que presentaron las solicitudes a la DOM para llevar a cabo la construcción de la obra; 4) que de acuerdo a los documentos que menciona, que aparecen suscritos por los acusados, o bien donde aparecen “solicitando algunas especialidades” concluye que siempre estuvieron al tanto de todas y cada una de las características del proyecto, de su avance, de sus requerimientos y en general, inmersos en todo lo referente a éste; 5) que no sólo participaban en la parte administrativa, sino que también en el quehacer de la obra, según consta de las Actas quincenales de las reuniones entre la Inmobiliaria y la Constructora, consultando, resolviendo, etc., de forma concreta, preocupados de temas obviamente insertos en el ámbito de la construcción. En este escenario, afirman los jueces, “desde el punto de vista del elemento normativo intelectual... que permite establecer qué riesgos o peligros en la situación concreta en que se desarrolló el sujeto debieron haber sido previstos por éste y cuáles eran extraordinarios o imprevisibles, resulta a partir de estos hechos que Ortigosa, Parra y Baeza, desplegaban actividades en el ámbito de la construcción de esta obra, lo que nos lleva a entender que, teniendo presente la propia naturaleza de la actividad que desempeñaban y los riesgos que esta implica, era previsible que si actuaban faltando al deber de cuidado que las normas les imponían, los resultados serían consecuencia de la infracción de reglamento.”²⁹

Luego de describir el cuidado, afirman que las deficiencias, cambios de secciones, de dimensiones de muros, de falta de detallamientos (que están descritos en el hecho), aparecen precisamente en los planos con los que se construyó, que por cierto no eran los mismos en virtud de los cuales el revisor de cálculo independiente dio su aprobación y se otorgó el respectivo permiso de edificación.

²⁹ Considerando Undécimo Sentencia TOP Concepción RIT: 251-2012, de fecha 10 de diciembre de 2013.

A continuación, el tribunal tiene por ciertos determinados hechos que explica: 1) que hubo insuficiencias constructivas relacionadas con la inexistencia de una inspección técnica externa de la obra; 2) existencia de deficiencias constructivas propiamente tales, cuya ejecución estuvo a cargo de Ricardo Baeza: a.- falta de detallamiento en los pilares; b.- falta de materialización de una armadura; 3) no haber sometido los cambios estructurales del proyecto de cálculo, nuevamente, a la revisión del revisor y la municipalidad.

Concluye el considerando señalando que no es efectivo que se haya imputado responsabilidad a los acusados en base a ninguna disposición que presuma de derecho la responsabilidad penal, por lo que la argumentación planteada en cuanto a atribución de responsabilidad objetiva es desestimada.

Aparece de manifiesto, atendidos los razonamientos de la Excm. Corte acerca de esta causal y otras materia del recurso, que la protesta de los recurrentes consiste en su disconformidad con la valoración que el Tribunal de Juicio Oral hizo de la prueba de cargo, cuestionamientos que el Excmo. Tribunal no quiso abordar, sea porque las causales invocadas no permitían hacerlo, sea por aplicación del principio de “intangibilidad de los hechos”, como ocurrió con la sexta causal subsidiaria y en virtud del cuál, la valoración y fijación de los hechos es una cuestión que corresponde en exclusiva a los jueces del primer grado jurisdiccional y que no puede ser anulada, salvo cuando hubiere sido pronunciada con infracción de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a la sana crítica, situación que se declara no habría ocurrido en este juicio.

Lo cierto es que el Tribunal de Juicio Oral de Concepción fundamentó su decisión de condena en contra de estos ejecutivos, en acciones y omisiones concretas suyas referentes a su deber de cuidado³⁰, las que les fueron legalmente acreditadas en el juicio y no mediante el empleo de alguna disposición legal que les presumiera de derecho

³⁰ Considerando Undécimo Sentencia TOP Concepción RIT: 251-2012, de fecha 10 de diciembre de 2013 y motivos fallo causa Rol 1025-2014, Excm. Corte Suprema.

responsabilidad penal y permitiera hacer prescindencia de prueba, la que en este caso si existió y fue debidamente ponderada.

2.2.- SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE DELITOS IMPRUDENTES.

Se observan en toda empresa, en cuanto a actividad organizada de personas, peculiaridades propias, tales como la división funcional del trabajo en el plano horizontal, y *la jerarquía* en el plano vertical. De aquí surgen toda una serie de problemas específicos que afectan tres niveles distintos: la responsabilidad penal de los subordinados, la de los mandos intermedios y la de los directivos de la empresa³¹.

Desde el punto de vista político-criminal y desde la perspectiva dogmática, la cuestión más controvertida e importante ha sido el de la responsabilidad atribuible al órgano directivo por el comportamiento de los subordinados³², cuestión que incide en este estudio, por cuanto las sentencias parecen explicar que todo el cúmulo de incumplimientos normativos, las omisiones incurridas y los defectos de construcción del edificio y que causaron su caída y, la consecencial muerte y lesiones de las víctimas, tuvieron como causa, además de las actuaciones directas de los otros condenados encargados de la ejecución de la obra, la de los acusados señores Ortigosa Ampuero, Parra Zanetti y Baeza Martínez, por su falta al deber de cuidado que las normas y la naturaleza de la obra ejecutada les imponía observar y que se estimó, ellos desatendieron negligentemente.

³¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>.

³² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*, pág. 87.

En doctrina penal, siguiéndose la sistematización propuesta por *Günter Heine*³³, puede hablarse de tres grupos de soluciones: las de autoría, las de participación y las soluciones por vía omisiva.

Entre las soluciones de autoría y participación se han ofrecido dos vías para ampliar el ámbito de responsabilidad de los directivos: la autoría mediata y la coautoría, que se mueven en un plano vertical y horizontal respectivamente³⁴.

Sin embargo, cuando no es posible determinar la participación directa del directivo en el hecho, pues no se demostró que aquél dio ordenes a su subordinado o participó de manera inmediata o directa en el ilícito, la solución doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria ha sido la de establecer su participación, en una suerte de autoría paralela, mediante el empleo del instituto de la omisión impropia, cuya es, en apariencia, la solución que emplean las sentencias, en las que se hace clara referencia a la comisión de delitos imprudentes por omisión por parte de los acusados.

Siendo esa la tendencia y la salida a la que se arriba en los fallos, es que enfocaré el análisis de este trabajo a la solución por la vía omisiva, por lo que no me extenderé sobre los problemas que plantean las otras propuestas antes mencionadas, en el ámbito de estudio de la criminalidad empresarial.

Pues bien, en virtud de lo establecido por el artículo 1º del Código Penal, existen dos tipos de delitos, los delitos de acción o de comisión y los delitos de omisión u omisivos, ya que la acción puede manifestarse en forma positiva (activa; acción) y en forma omisiva (pasiva; omisión). La omisión, puede ser definida como el “voluntario no hacer algo que el ordenamiento jurídico esperaba que el sujeto hiciese”; de este modo,

³³ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Obra citada. En pág. 84 alude a obra de HEINE, Günther. *Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften*. En ZStrR, 119/2001, págs. 22-38.

³⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*, págs. 195-232.

sucede que, en los casos de omisión, la acción negativa de un determinado sujeto viola la norma imperativa.

Existen dos clases de omisión penalmente relevantes, por un lado, la omisión propia o pura (comportamiento pasivo, que se encuentra tipificado expresamente en la ley y que el Derecho sanciona con una pena), y por otro lado la omisión impropia, también denominada comisión por omisión (no se hallan específicamente tipificados, siendo una posible modalidad de comisión de algunos delitos de resultado).

Del estudio de los antecedentes, del contenido de las sentencias, en especial de los argumentos esgrimidos por los acusadores particulares y las defensas, puede preliminarmente inferirse que el caso resuelto por el Tribunal de Juicio Oral de Concepción se circunscribe a aquellos que la doctrina ha categorizado como delitos de omisión impropia, es decir, aquellos que no se encuentran expresamente tipificados como delitos omisivos³⁵, a los que es posible llegar mediante la inversión del tipo comisivo³⁶ y en los cuales también existe posibilidad de perpetración por imprudencia.

La falta de tipificación expresa de los delitos de omisión impropia, ha planteado cuestionamientos serios acerca de su constitucionalidad, por su aparente incompatibilidad con el principio de legalidad "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", consagrado en artículo 19 N° 3 inciso 7 y 8 de la Constitución Política y regulado por los artículos 1 y 18 del Código Penal³⁷. Nuestra legislación no ha solucionado esta problemática, la que ha sido evadida y las soluciones de *lege ferenda* oscilan, según los

³⁵ Ejemplo de delito omisivo en nuestra legislación es el delito falta denominado omisión de socorro, del artículo 494 N° 14 del Código Penal.

³⁶ WELZEL, Hans, Derecho penal alemán, traducción de la 11a. edición alemana por BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YAÑEZ PÉREZ, Sergio, pág. 279.

³⁷ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. (investigador principal) IZQUIERDO S., Cristóbal; VIAL R., Paula y VIDAL M., Víctor (investigadores asociados). *Principios y penas en el derecho penal chileno*, pág. r2:4.

autores, entre la introducción en nuestro Código Penal de una clausula de equiparación³⁸ o equivalencia entre acción y omisión semejante a la alemana e italiana o la tipificación en la Parte Especial de algunos delitos de omisión impropios siguiendo el sistema de los *numerus clausus*.

El profesor Raúl Carnevali Rodríguez considera superados los posibles reparos a la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión, en la medida en que los tipos penales dejen de ser concebidos como descripciones causal naturalísticas, en su mayoría activas (no omisivas), sino como prohibiciones de índole atributivo o adscriptivo³⁹.

Por otra parte, un sector importante de la doctrina sostiene que, para que haya comisión por omisión, tiene que existir el propósito de que el resultado acontezca (*dolo*)⁴⁰ y ello pone en duda la posibilidad de que la tipicidad culposa se realice mediante omisión impropia⁴¹, perspectiva que resulta ser antagónica con los razonamientos del fallo definitivo, que sostiene la postura adversa.

Como es obvio, pueden darse, desde luego, omisiones culposas, como se declara en las sentencias respecto de los condenados; lo cierto es que el carácter omisivo no deriva de la inobservancia del deber de cuidado exigido, sino de la no realización de una acción; cuando se realice una acción, sin la debida observancia del cuidado se tratará siempre de una acción positiva⁴², cuya es la posición fáctica en la

³⁸ Mediante la cual se equipara el injusto del respectivo delito comisivo de resultado con el delito de omisión impropia no escrito, de modo que su disvalor penal quede integrado por el de aquél.

³⁹ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *El Delito de Omisión. En particular, la Comisión por Omisión*, págs. 69-80.

⁴⁰ La voluntad pertenece al tipo, mientras que la motivación, que le da significado a la conducta por la posibilidad de adecuarla al mandato legal, se ubica en el ámbito de la culpabilidad.

⁴¹ TERRAGNI, Marco Antonio. *Omisión impropia y posición de garante*, pág. 6.

⁴² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal*, pág. 109.

que se colocaron los condenados al dejar negligentemente de hacer algo que les correspondía haber hecho, como les reprochan las sentencias.

Además, se ha sostenido que el incumplimiento de los deberes relativos a la apertura de la empresa, en la medida en que afectan a un curso causal activo, son básicamente infracciones del deber objetivo de cuidado⁴³ y, por lo mismo, serían culposos y deben ser solucionados conforme a las reglas de la imprudencia. Por el contrario, y, como sucede en este caso, se dice que las infracciones a deberes relativos al ejercicio de la empresa vendrán dadas por comportamientos omisivos, en los que se superpondría en la práctica la problemática de los deberes de cuidado y la de los deberes de garante, de suerte que ambos adquirirían un mismo contenido y fundamento. Es decir, las inconductas de los directivos constituyen, al unísono, infracciones tanto a su deber de cuidado como a sus obligaciones de garantes, por lo que pueden ser tratados conforme al instituto de la comisión por omisión.

Como se señalaba, una primera aproximación al tema descartaría la posibilidad de delitos de comisión por omisión culposos, pues en los tipos culposos el efecto acontece por deficiente utilización de los medios que hubiesen permitido evitarlo. En este caso la resolución del hecho culposo se regiría por las reglas comunes⁴⁴. Los ejemplos que suministra Welzel⁴⁵, a pesar que los usa para explicar en general los delitos de comisión por omisión, lo demuestran: “Quien está dispuesto al salvamento hace zozobrar el bote por impericia o por un error en el planeamiento del hecho o en la elección de los medios: la persona que no sabe nadar considera que el estanque de agua en el cual se ahoga un niño es muy profundo cuando es de bajo fondo; el guardavidas considera suficiente lanzarle un salvavidas a la persona que se está ahogando en vez de saltar él mismo al agua.”

⁴³ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*, pág. 206.

⁴⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*, pág. 206.

⁴⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, traducción de la 11a. edición alemana por BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YAÑEZ PÉREZ, Sergio, pág 291.

Ahora bien, la existencia de culpa en la producción de un resultado por omitir el deber de cuidado puede derivarse del incumplimiento de una norma conminatoria, como se estableció ocurrió en esta causa respecto de los acusados. Así, la protección del bien jurídico o su defensa frente a peligros, constituirá a veces el deber principal derivado de una ley, como las que se estimaron infringidas por los condenados en la sentencia definitiva⁴⁶.

Los obligados causan la muerte o lesiones (comisión) cuando dejan de realizar los actos que de ellos se esperan (omisión), sin que esos resultados lo hayan querido o ratificado (ausencia de dolo).

También es preciso hacer presente que la jurisprudencia de nuestros tribunales, en correspondencia con la tendencia general, ha sido la de admitir siempre la comisión por omisión de delitos de homicidio, lesiones y/o daños, todos ellos por imprudencia o, más bien, la comisión por omisión de delitos imprudentes, con resultado de muerte, lesiones y/o daños, condenando por estos delitos o faltas a los directores de obras negligentes, por lo que el veredicto emitido en la sentencia definitiva no debiera producir extrañeza, ni tampoco su corroboración por parte de la Excma. Corte.

Cabe anotar, además, en relación con ambos tipos de delitos de omisión, que no existe entre la doctrina acuerdo sobre las siguientes cuestiones: la posibilidad de admitir la tentativa en los delitos de omisión impropia, la hipótesis de la coautoría de omisión, autoría mediata de omisión, inducción a la omisión o la complicidad en la omisión⁴⁷.

Por eso y para solventar estas objeciones, a los directivos se les atribuye responsabilidad en cuanto a autores directos del hecho, pues sus facultades de dirección incluyen necesariamente la obligación de evitación de ilícitos en la empresa. Sin

⁴⁶ TERRAGNI, Marco Antonio. *Omisión impropia y posición de garante*, pág. 6.

⁴⁷ *Delitos de Comisión por omisión*. <https://www.iberley.es/temas/delitos-comision-omision-47881>

embargo, no siempre resulta posible ni plausible deducir que, de esta obligación genérica, se pueda determinar la existencia de un deber de garante, sobre todo en empresas complejas en las que debe primar el principio de auto responsabilidad de los subordinados, por el que ellos son responsables de lo que realizan dentro de su ámbito de competencia.

No obstante, la única forma de dar solución a esta problemática⁴⁸, es reconocer y aceptar que sobre los directivos pesa siempre un deber de vigilancia sobre las fuentes de peligro que la empresa produce, en este caso sobre el actuar de los subordinados, uno de los factores que se estimaron para atribuir responsabilidad a los señores Ortigosa, Parra y Baeza.

2.3.- EN CUANTO A LA POSICIÓN DE GARANTES QUE DETENTABAN LOS ACUSADOS Y SUS FUENTES.

Para la configuración de estos delitos de omisión impropia y evitar que colisionen con el principio de legalidad, la doctrina requiere como requisitos de procedencia el que su injusto esté contenido en un tipo comisivo (o en uno de comisión por omisión propio) y que el omitente se encuentre en posición de garante del bien jurídico afectado por la omisión.

Se trata de delitos que requieren la producción de un resultado material y su sujeto activo necesariamente tiene que ser aquel que no realice la acción tendente a la evitación del mismo, es decir, aquel que incumplió con su obligación de actuar de determinada manera. No debe olvidarse que la posición de garante es necesaria para que la no evitación de un resultado lesivo pueda ser equiparado con la causación activa del mismo y así castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción.

⁴⁸ CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro. *La posición de garante del fabricante en el Derecho penal alemán*, pág. 40.

La doctrina mayoritaria entiende que la posición de garantía es un elemento no escrito del tipo objetivo de los delitos de omisión impropia, lo cual ha dado origen a un intenso debate para determinar los supuestos en los que una persona se encuentra en la obligación de evitar un resultado lesivo para un determinado bien jurídico.

Desde luego, existe consenso en que esta obligación debe estar previamente reconocida y para resolver el problema de definir cuando y en base a qué surge y existe tal deber, se han planteado en doctrina dos teorías principales: La Formal⁴⁹ y la de Las Funciones. Existe también una Teoría denominada Moderna, que propone una nueva sistematización, postulada por el jurista Jesús-María Silva Sánchez, que no ha tenido asiento en nuestra doctrina.

Para la “teoría formal del deber jurídico”, el deber de garante se genera exclusivamente en mérito a criterios jurídicos, por lo que las fuentes del deber de obrar son necesariamente formales, reconociéndose como tales a la ley, el contrato y el actuar precedente y también se señala la comunidad de peligro.

Para la “teoría de las funciones”, atribuida a Armin Kaufmann, esta obligación parte del reconocimiento de que al interno de una sociedad cada individuo tiene asignadas funciones específicas, encontrándose obligado a cumplirlas debido a las expectativas sociales que genera en el resto de los individuos⁵⁰. La posición de garante demanda de un deber de custodia de bienes jurídicos o de un deber de aseguramiento de una fuente de peligro.

Sin embargo, lo que realmente importa es que debe existir una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico que debe proteger, de manera tal que en sus manos

⁴⁹ STRATENWERTH G.; Derecho Penal, pág. 292.

⁵⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos impropios de omisión*, pág. 111. Se pronuncia por un sistema en que las fuentes de las que provenga el deber no sean lo decisivo, sino la posición de quien infringe el deber con relación al bien jurídico protegido.

esté el control de la situación⁵¹, cuestión que debe ser verificada caso a caso, según el criterio y ponderación del juez de instancia. En cuanto a esto y según enseña Welzel: “La responsabilidad del garante, aunque no se lea directamente en la ley, tiene que poder ser confirmada por la ley.”⁵² Aunque la ley no la consigne expresamente, es claro que la posición de garantía debe encontrar su respaldo y fundamento en la ley.

En el caso en estudio, la sentencia definitiva concordó con las acusaciones en cuanto a que “...la errónea clasificación sísmica del suelo con la cual se diseñó el edificio Alto Río, deficiencias en el diseño estructural del mismo y falencias constructivas, generaron la falla que motivó su caída. Los imputados Ortigosa Ampuero, Parra Zanetti y Baeza Martínez, en sus condiciones de representantes legales y empleados tanto de la Inmobiliaria Río Huequén y la Sociedad Constructora SOCOVIL Ltda., dueña y ejecutora del proyecto, respectivamente, debieron haberlo ejecutado con estricto apego a la legalidad vigente y con los debidos controles que garantizaran su correcta ejecución, siendo su deficiente gestión y decisiones imprudentes las que permitieron confluieran los errores y deficiencias señaladas precedentemente. De esta manera los imputados, en quienes recaía el mando y poder de decisión en la dirección del proyecto en cuestión, lo organizaron y gestionaron de manera negligente y con infracción de reglamentos, según se ha descrito, imposibilitando de esta manera que los controles y resguardos que debían aplicarse en esta obra hubiesen operado...”

La inacción que se les atribuye a los directivos es la de no haber ejecutado la construcción del edificio con estricto apego a la legalidad vigente⁵³ y con los debidos controles que garantizaran su correcta ejecución, obligación que les viene dada porque en ellos recaía el mando y poder de decisión en la dirección del proyecto en cuestión.⁵⁴

⁵¹ WELZEL, Hans, Derecho penal alemán, traducción de la 11a. edición alemana por BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YAÑEZ PÉREZ, Sergio. pág. 289.

⁵² WELZEL, Hans. *op. cit.*, pág. 293.

⁵³ Que, desde luego, integran el tipo penal.

⁵⁴ Ref: considerando Décimo Sexto del fallo Excma. Corte Suprema Rol N° 185-2014.

Desde una perspectiva de análisis basada en imprudencia inconsciente o sin representación, la sentencia determina una infracción a una norma de cuidado que pesaba sobre los acusados.

En cuanto a delito imprudente de omisión impropio, hago hincapié que aquí no se vulnera una norma prohibitiva, sino que una preceptiva que ordena la realización de una determinada acción que evite la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico. Lo que sucede es que, por la gravedad del resultado producido y la existencia de una posición de garante, se imputa ese resultado al omitente como si lo hubiese causado activamente él mismo, pero reconociendo que no lo ha causado directamente. Se incumplieron el mandato y la prohibición contenidas en el tipo legal por parte del omitente. Por ejemplo, cuando el artículo 391 señala que “el que mate a otro” será penado, nos dice que se prohíbe matar o, en otras palabras, realizar una acción destinada a causar la muerte (norma prohibitiva). Pero también nos señala que debemos actuar para interrumpir un curso causal que llevaría a la producción de la muerte de una persona cuando estemos en posición de garantía bajo la amenaza de una pena (norma imperativa), es decir, se debe ejecutar la acción idónea para evitar el resultado. Lo mismo sucede con las lesiones⁵⁵.

Una de las fuentes del deber que se reconoce en estos directivos, considerada en la “teoría formal del deber jurídico”, es ciertamente la ley y que, en este caso, corresponde a leyes no penales y que se determinaron infringidas negligentemente por ellos.

También fuente de su posición de garantes se encuentra, según esta misma teoría formal, en el contrato, puesto que se comprobó que, además de ser dueños y representantes de las empresas involucradas en el proyecto, se vincularon a ellas como empleados gerentes de las mismas, mediante contratos de trabajo válidos y, desde

⁵⁵ OLAVE ALBERTINI, Alejandra. *La mal llamada “tentativa del sujeto inidóneo” como delito putativo*, pág. 26.

luego, la observancia debida a las obligaciones y responsabilidades inherentes a los mismos les imponía el deber de cumplir acabadamente con ellas.

Actualmente, la doctrina moderna habla en vez de fuente contractual de deber, de una “asunción fáctica”⁵⁶ de que se va a velar por un determinado bien jurídico, así lo señala Reus/Vogel: “*Entretanto se considera unánimemente superada una posición de garante sobre la base sólo de una asunción contractual, ya que una dependencia de los presupuestos contractuales civiles conduce a “consecuencias insoportables” y a resultados absurdos: una posición de garante, por tanto, es independiente de presupuestos contractuales. Todo depende, más bien, de la asunción fáctica de la posición de garante.*”⁵⁷ Welzel señala “... ha de tenerse en cuenta que el deber de garante no es idéntico con un deber contractual vigente. Más bien, es decisivo el asumir fáctico de la posición de deber correspondiente al contrato”⁵⁸.

Otras de las fuentes de su posición de garantes, según la “teoría de las funciones” y que corresponde la grupo de posiciones de garantía por desempeño de una función de control o aseguramiento de una fuente de peligro, es el actuar precedente o injerencia de los responsables de la conducta omisiva.

Se entiende que adquiere posición de garantía quien produce una situación de peligro sobre un bien jurídico o aumenta el riesgo de su producción, quedando obligado a evitar que el peligro creado se convierta finalmente en un resultado. Para que el actuar precedente sea considerado fuente del deber de garante debe cumplir las siguientes condiciones:

a) Haber ocasionado un peligro temporalmente próximo y sustancialmente adecuado. Se descartan los hechos precedentes separados por un espacio de tiempo que permita la defensa del bien jurídico, debiendo tratarse de acciones lo

⁵⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, pág 36.

⁵⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, pág. 31.

⁵⁸ WELZEL, Hans. op. cit., pág. 295.

suficientemente importantes como para producir según convicciones jurídicas un desvalor social.

b) Haber sido objetivamente contrario al deber.

No existe consenso sobre el grado de ilicitud requerido por el actuar precedente. Así, por ejemplo, algunos lo aceptan sólo para actos imprudentes descartando los dolosos, otros en cambio consideran irrelevante esta condición, pero exigen que la conducta precedente sea antijurídica, e incluso algunos consideran necesario que el hecho sea culpable. Señala Maurach que “es necesaria y suficiente una acción precedente de cualquier naturaleza, creadora o elevadora del peligro. Su calificación jurídica no interesa”⁵⁹, posición que resulta mucho más justificable según la moderna doctrina de la posición de garante, por cuanto, en ambos casos lo que realmente se presenta es una situación de dependencia de una persona (por tanto, de sus bienes jurídicos) a la protección que otra le brinda, lo que podrá englobarse en un caso de asunción fáctica o, en lo que se ha dado en llamar, deber de protección de bienes jurídicos o de control de una fuente de peligros⁶⁰.

Por último, es necesario señalar que algunos autores han sostenido que el hacer precedente no puede convertir al injerente en garante, por tanto no sería autor de un delito de omisión impropia sino solamente de uno propio, motivo por el que la responsabilidad por injerencia no sería otra cosa que una aplicación del “principio del *versari in re ilícita* reducido al *dolus subsequens*”, es decir, se imputan las consecuencias de la acción no en virtud de la culpabilidad por el hecho, sino en virtud de una actitud subjetiva del autor existente en un momento posterior... la mala voluntad pasiva se equipara a la acción injusta activa⁶¹.

⁵⁹ MAURACH, Reinhard. Derecho Penal. Parte General, pág. 289.

⁶⁰ GÓMEZ TOLEDO, Pablo. El delito de omisión impropia, pág. 137.

⁶¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, pág. 28.

Esta teoría, por el que la posición de garante se crea por haberse producido un riesgo previo, pese a mostrarse como atractivas, carece de reconocimiento jurídico en nuestro país, según se expondrá más adelante.

También puede reconocerse como fuente de posición de garante, según la “teoría de las funciones”, el deber de vigilancia por desempeño de una función de control o aseguramiento de una fuente de peligro⁶², teoría en donde encontrarían asidero doctrinario los reproches que en contra de los directivos formulan los acusadores particulares.

Es un hecho incuestionable que la actividad empresarial genera una serie de actividades riesgosas en sí, por lo cual se permite cierto nivel de riesgos (riesgo permitido) y se establece como contrapartida, el deber de controlar que esos riesgos no devengan en lesiones a los bienes jurídicos de las personas.

A partir de estas fuentes de peligro surge la necesidad de considerar que existen personas encargadas de vigilar esas fuentes de peligro o, lo que es lo mismo, que nacen posiciones de garante de bienes jurídicos ajenos que pueden verse afectados si estos peligros no son contenidos. En estos casos de fuente de posición de garantía no es determinante la vinculación del garante con el titular del bien jurídico, sino que su posición de garante se debe dirigir a la defensa de cualquier bien jurídico frente a los peligros de lesiones que puedan derivarse de una fuente de peligro, que el sujeto tiene el deber de organizar y encauzar dentro de ciertos límites. Es decir, se entiende que adquiere posición de garantía quien produce una situación de peligro sobre un bien jurídico o aumenta el riesgo de su producción, quedando obligado a evitar que el peligro creado se convierta finalmente en un resultado.

En los casos habitualmente analizados por la doctrina, los bienes jurídicos se encontraban limitados en su amplitud por la relación que existía con el titular de dichos

⁶² CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro. *La posición de garante del fabricante en el Derecho penal alemán*, pág. 26.

bienes y su fundamento reposaba en la vinculación social con ese titular; en el caso de esta fuente de garante, en cambio, la determinación del campo de protección se determina en atención a los posibles daños que puedan provenir de una fuente de peligro.

La doctrina de la teoría de las funciones incluye dentro de este grupo a la “injerencia” y, es por eso que, Bacigalupo⁶³ señala que en la moderna teoría de las posiciones de garante lo importante es *“la posición del autor respecto del bien jurídico y en este sentido los casos de injerencia quedarán reducidos a una subespecie dentro de la clase mas amplia de cuidado de una fuente de peligros frente a daños que de ella pueden derivarse. En este sentido, lo importante será si el autor tiene el dominio de ámbito dentro del cual se ha producido el resultado típico.”* Este deber de control de una fuente de peligro se extiende tanto a las fuentes de peligros que hayan sido creadas por el sujeto garante como de aquellas que sin haberlas originado, le han sido encomendadas para su vigilancia, o como dice Bacigalupo *“El denominador común de todas la hipótesis antes debatidas es la circunstancia de que el sujeto, o bien ha introducido un peligro en la vida social, o bien está puesto para impedir que de éste peligro se deriven, en general, daños.”*⁶⁴

La doctrina agrupa dentro de este criterio a los siguientes supuestos: el actuar precedente; el deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio; responsabilidad por conducta de otras personas. Pero una caracterización así, sin ulteriores requisitos significaría una extensión excesiva de este deber de actuación, por lo cual, la doctrina mayoritaria señala una serie de requisitos con el objeto de restringir la idea de la injerencia.

Jakobs señala que la moderna teoría de las funciones (deber de protección de un bien jurídico y deber de vigilancia de una fuente de peligros) tiene como única ventaja la de precisar los deberes jurídicos de evitación, pero que con esa *“precisión del*

⁶³ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos impropios de omisión*, pág. 115.

⁶⁴ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. (ob. cit.), pág. 148.

*contenido funcional se agota ya el rendimiento de la teoría de las funciones.*⁶⁵ Señala que de la distinción entre deberes de protección y deberes de vigilancia no se pueden vincular consecuencias sistemáticas, puesto que un mismo cometido puede formularse como función de protección y también como uno de vigilancia: *“Las protección para una persona es vigilancia, a favor suyo, de los peligros que la amenazan, y la vigilancia de una fuente de peligro es protección de las personas en peligro en cada caso.”* Jakobs propone entonces como criterio de distinción dos grupos: deberes en virtud de responsabilidad por organización y deberes en virtud de responsabilidad institucional.

Dentro del ámbito de deberes en la responsabilidad por organización, se incluye también a los deberes por injerencia y los de relación, es decir, a los deberes de asegurar frente a peligros derivados de objetos o actividades empresariales. Este deber de relación se refiere “al aseguramiento de una fuente de peligros, es decir, el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos⁶⁶.” Como este deber se fundamenta en la actividad de organización del sujeto, no lo excluye, por tanto, el hecho de que la víctima se comporte de una forma que la exponga al daño. Así, por ejemplo, el empresario debe detener la labor de sus obreros que se aprestan a derribar un muro cuando haya terceros en peligro, aun cuando esa situación de peligro se deba a que esos terceros no han respetado el cerramiento reglamentario y, por tanto, se han expuesto imputablemente al riesgo. Dentro de este ámbito de aseguramiento, Jakobs estima que la injerencia es absorbida por estos deberes de relación. El hacer precedente es, ante todo, un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al aseguramiento por parte del titular de ese ámbito de organización que devino en peligroso. El titular excluye a otros del “dominio” del acontecimiento y, por tanto, a él compete evitar un daño en la organización ajena. Como contrapartida al derecho de organización que la persona tiene en la sociedad surge el deber de garantizar que en las relaciones sociales (contacto con una organización ajena), la organización propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido.

⁶⁵ JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, pág. 969.

⁶⁶ JAKOBS, Günther. Derecho penal, parte general, pág. 973.

En el caso específico de la omisión, si existe un estado peligroso se debe proceder al aseguramiento de que el ámbito de organización no devenga en lesión a un ámbito ajeno, lo que se realiza por medio de una “reorganización activa”, es decir, por medio de la realización de una acción que tienda a ese objetivo. La lesión del deber de aseguramiento se produce, por tanto, por una omisión contraria a un mandato de actuar.

Concluye este autor que el fundamento de la responsabilidad, tanto en el delito de comisión como en el de omisión, reside en la lesión de las reglas del status general que surge como contrapartida del derecho de configurar libremente la organización dentro del riesgo permitido y por el deber de evitar riesgos que superen ese nivel⁶⁷. Así, concluye que “todo titular de un círculo de organización es garante de la evitación de un out-put que exceda del riesgo permitido solo que, por tratarse de un deber que incumbe a cualquiera, no constituye ello ninguna especialidad y, por cierto, ni en el delito de comisión activa ni en el de omisión.”⁶⁸ Es decir, entre el delito de omisión y el de comisión no existe ninguna diferencia, en cuanto a que, en el primero sería necesaria una posición de garante, mientras que en el de acción tal posición sería irrelevante o que en nada contribuiría a la responsabilidad. Jakobs, en otras palabras, entiende que la posición de garante es común a los delitos de acción y a los de omisión. Por tanto, en el delito de comisión el autor es siempre garante en lo que dice relación con su propia organización, pero no respecto de procesos que se atribuyen a otras organizaciones ajenas a la suya. En la omisión, además, también se es garante de la propia organización⁶⁹.

Lo decisivo para el nacimiento de la responsabilidad es si procede o no la atribución del curso del daño a la organización de su titular, dentro de las expectativas uniformes que permiten el desenvolvimiento del cuerpo social (lo que yo puedo esperar de otros y lo que los demás esperan de mí) y, en el caso de que se determine que el daño es consecuencia exclusiva de una organización ajena se debe afirmar la falta de

⁶⁷ JAKOBS, Günther. Estudios de Derecho Penal, pág. 348.

⁶⁸ JAKOBS, Günther. Estudios de Derecho Penal, pág. 3.

⁶⁹ GÓMEZ TOLEDO, Pablo. *El delito de omisión impropia*, pág. 178.

responsabilidad. Estos deberes de aseguramiento pueden surgir también en virtud del comportamiento peligroso de otras personas, en particular si es delictivo.

Para Jakobs existen cuatro formas de vinculación del comportamiento ajeno con el ámbito de organización propio⁷⁰: (I) mediante acciones peligrosas propias que constituyen participación en el comportamiento de la otra persona (coautoría, complicidad); (II) mediante cosas o situaciones peligrosas, es decir, cuando la persona tiene en su ámbito de organización objetos cuyo uso libre ya no queda en el marco del riesgo permitido. Ej.: el propietario de un vehículo debe cuidar de que no lo usen personas no cualificadas; (III) mediante el poder sobre la otra persona, es decir, la facultad de una persona de configurar el contenido del ámbito de otra persona. Ej.: los padres deben impedir los hechos punibles u otros comportamientos peligrosos de los hijos sometidos a su cuidado. También se incluye aquí la situación de quien no puede velar por sí mismo por la falta de su propia capacidad de determinación, por ejemplo, el caso del menor que no puede alimentarse solo o el del interno de una institución penitenciaria a quién debe suministrársele la alimentación para su supervivencia, aunque en este último caso, además de responsabilidad por organización, también se encuentra presente claramente la responsabilidad institucional; (IV) mediante la repercusión del comportamiento del otro sobre el ámbito de organización propio, en que la actividad del tercero no libera de responsabilidad al titular por cuanto, aún cuando se trata del actuar de un tercero, todavía nos encontramos en la organización de sus asuntos. Mientras el acto del tercero se enmarque aún en esa organización, se exigirá al titular cumplir su deber de aseguramiento. Ej.: debe impedir el suministro de sustancias perjudiciales a la salud el dueño de la empresa de alimentos, en tanto, la contaminación de los alimentos se mantenga dentro de la organización de su empresa.

Además de estos deberes de aseguramiento (deberes de impedir los efectos dañosos de un ámbito de organización que está definido a través de cosas o del comportamiento propio o ajeno), debemos contemplar los deberes de salvación que

⁷⁰ GÓMEZ TOLEDO, Pablo. *El delito de omisión impropia*, pág. 178.

consisten en “deberes de inhibir cursos causales peligrosos, que ya se salen del ámbito de organización del alcance señalado, e incluso pueden haber alcanzado el de la víctima.”⁷¹ En estos deberes de salvamento⁷² se debe retraer un curso dañoso que ya ha alcanzado a una organización ajena. Ejemplo: el alimento perjudicial para la salud ha sido vendido y se encuentra almacenado en la casa del consumidor. En este caso existe una prolongación del deber derivado por organización cuyo contenido será de salvamento ahora. Dentro de estos deberes de salvamento Jakobs sitúa los casos de asunción, en la cual se dispone por la persona de un “out-put⁷³” peligroso y que, por lo tanto, se le impone la obligación de su segura revocación antes de que se produzca el daño. Este cuidado, es entonces, condición para la autorización del “out-put”.

Asume entonces la eliminación de un riesgo que no pertenece ya, al menos en forma exclusiva, a su propio ámbito de organización. El fundamento de la responsabilidad es que a la persona se le imputa la razón para la renuncia, por el tercero, a una protección de otro tipo. Existe “asunción” cuando el autor no solo promete una prestación expresa o concluyentemente, sino además cuando da a entender que él, a causa de su promesa, espera y considera adecuado el abandono de otras medidas de protección, lo que en efecto ocurre. Lo importante no es la existencia de un vínculo contractual sino la “conexión fáctica” entre el ámbito de organización propio y uno ajeno.

Este deber de asunción no es exclusivo de la omisión, sino que también se presenta en las prohibiciones (delito de acción). También pertenece a los deberes de salvamento, es decir, a la injerencia. En este caso de deber de salvamento es posible encontrar varios ámbitos de organización como eventualmente competentes, o al menos dos: el del injerente y el de la víctima. En cambio, en los deberes de aseguramiento solo

⁷¹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal, pág. 981.

⁷² JAKOBS, Günther. *La competencia por organización en el delito omisivo. Estudios de Derecho Penal*, pág. 348. Se refiere a un status especial que implica derechos y deberes a cumplir para ciertas personas que se encuentran en la situación especial prevista. “*El segundo fundamento de la responsabilidad es la inobservancia de los límites trazados por ese status especial.*”

⁷³ Se define como “producto o mercancía, resultado de un proceso productivo”.

existe un sujeto responsable con relación al dominio del círculo de organización que ha de ser asegurado.

Entre los diferentes ámbitos de organización concurrentes en la injerencia hay que resolver cual está más intensamente obligado a procurar la eliminación de tal riesgo. Jakobs concluye que primará la responsabilidad por injerencia cuando “la conducta precedente crea un riesgo no permitido para el bien puesto en peligro; pues precisamente en tal caso la puesta en peligro del bien es la consecuencia no sólo desde un punto de vista naturalista, sino también jurídico del comportamiento precedente.” Esto rige aún cuando el titular del bien puesto en peligro se haya expuesto a él imprudentemente.

En síntesis, como la vida en comunidad siempre entraña riesgos, se hace necesario que cada uno de sus componentes se ocupe de inocuizar las fuentes de peligro que se encuentran dentro de su esfera personal de dominio. Justamente el fundamento de esta fuente del deber de garante reside en la confianza que la sociedad deposita en un determinado sujeto al saberlo obligado directo de la neutralización de una situación potencialmente peligrosa. No hay que fijarse aquí en el actuar precedente ni en la voluntariedad de la asunción, sino en el directo dominio de una fuente de peligro que se encuentra en la esfera de actuación del omitente.

Empero, no existe consenso sobre el grado de ilicitud requerido por el actuar precedente. Así, por ejemplo, algunos lo aceptan sólo para actos imprudentes descartando los dolosos, otros en cambio consideran irrelevante esta condición, pero exigen que la conducta precedente sea antijurídica, e incluso algunos consideran necesario que el hecho sea culpable. Señala Maurach que *“es necesaria y suficiente una acción precedente de cualquier naturaleza, creadora o elevadora del peligro. Su calificación jurídica no interesa”*⁷⁴, posición que resulta mucho más justificable según la moderna doctrina de la posición de garante, por cuanto, en ambos casos lo que

⁷⁴ MAURACH, Reinhard: Derecho Penal. Parte general. pág. 289.

realmente se presenta es una situación de dependencia de una persona (por tanto, de sus bienes jurídicos) a la protección que otra le brinda, lo que podrá englobarse en un caso de asunción fáctica o, en lo que se ha dado en llamar, deber de protección de bienes jurídicos o de control de una fuente de peligros.

Es necesario hacer presente que algunos autores han sostenido que el hacer precedente no puede convertir al injerente en garante, por tanto, no sería autor de un delito de omisión impropia sino solamente de uno propio, motivo por el que la responsabilidad por injerencia no sería otra cosa que una aplicación del principio del “*versari in re ilícita*” reducido al “*dolus subsequens*”, es decir, se imputan las consecuencias de la acción no en virtud de la culpabilidad por el hecho, sino en virtud de una actitud subjetiva del autor existente en un momento posterior... la mala voluntad pasiva se equipara a la acción injusta activa.

Esta teoría, por el que la posición de garante se crea por haberse producido un riesgo previo, pese a mostrarse como atractiva, carece de reconocimiento jurídico en nuestro país, según el parecer de la doctrina mayoritaria⁷⁵. Garrido Montt⁷⁶ rechaza la injerencia en Chile, fundándose principalmente en el argumento de la atenuante del artículo 11 N° 7⁷⁷ y porque “tipos particulares establecidos en el Código Penal, como el de los arts. 352, 492 y otros análogos, se contraponen a la posibilidad de que en nuestro ordenamiento la posición de garante tenga como fuente el hacer precedente, toda vez que en las situaciones regladas en esas normas, si el resultado fuera muerte, correspondería imponer al omitente la sanción del homicidio doloso; sin embargo la ley no sigue tal criterio y los sanciona como tipos especiales. Al conductor que atropella a un transeúnte y luego huye sin prestarle ayuda, si fallece posteriormente el lesionado

⁷⁵ POLITOFF L., Sergio, pág. 203 y 320; BUSTOS R., Juan, pág. 59.

⁷⁶ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, pág. 189.

⁷⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General, pág. 190. La contradicción consiste en que la ley favorece al delincuente premiándolo a través de esta atenuante, si intenta eliminar los efectos de un hecho delictivo, lo que sería incompatible con un deber jurídico de actuar para impedir el mal o sus ulteriores consecuencias.

por falta de auxilio oportuno, se le castiga como autor del delito culposo de homicidio, pero no de un homicidio doloso por omisión.”

2.4.- PRODUCCIÓN DE UN RESULTADO TÍPICO Y SU IMPUTACIÓN A LA OMISIÓN.

Al igual que cualquier figura delictiva construida en base a un delito de acción, el delito de omisión impropia requiere la producción del resultado establecido por la ley, es decir, un cambio del mundo exterior causado por la omisión en el cual se concreta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. El resultado es consecuencia de la omisión de la acción exigida para evitar tal lesión del bien jurídico. La lesión consiste en el deterioro o destrucción del objeto tutelado por el derecho, mientras que la puesta en peligro implica que “el bien jurídico permanece incólume, pero su situación se altera, en perjuicio de su seguridad.”

En los delitos de acción la imputación consiste en determinar cuando el autor con su acción ha causado el resultado. Las teorías de la causalidad más importantes que han sido elaboradas en base a los delitos de acción son: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa adecuada, la teoría de la causa necesaria y la teoría de la relevancia típica.

Teniendo en cuenta que en la omisión impropia el resultado se le imputa al garante inactivo, que no ha realizado la acción exigida, se suscita la dificultad de determinar cuando o bajo que condiciones se puede le imputar a éste, el resultado típico, lo que se consigue equiparando su omisión con la acción. Para esto, la doctrina ha discurrido desde aquellas posiciones que exigen establecer una relación causal hasta aquellas que niegan la causalidad en la omisión impropia⁷⁸.

⁷⁸ TERRAGNI, Marco Antonio. *Omisión impropia y posición de garante*, pág. 6.

Un importante sector de la doctrina del último tercio del siglo XIX⁷⁹, para justificar la equiparación entre la acción y la omisión, trató de descubrir en ésta alguna actividad a la que se pudiera reconducir, como elemento causal, la modificación en el mundo exterior.

Así, para Luden la causalidad de la omisión habría que buscarla en el movimiento corporal que desarrolla simultáneamente el omitente mientras no impide el resultado. Para Krug, Glaser y Merkel, en la acción anterior del omitente creadora de la situación de peligro que después no se evita. Y para Binding, de acuerdo con su *teoría de la interferencia*, en la “acción interna” que aplica el omitente para reprimir sus impulsos de ejecutar la acción que habría evitado el resultado. Todas estas teorías fueron rechazadas y definitivamente abandonadas a comienzos del siglo pasado⁸⁰.

En efecto, contra Luden se alegó que el movimiento corporal simultáneo del omitente carece de conexión causal mecánica con el resultado. Contra las teorías de Krug, Glaser y Merkel se opuso que, según ellas, solo podrían calificarse de omisión impropia los supuestos de injerencia, porque solo entonces habría una acción anterior causante del resultado y quedarían descartadas como comisión por omisión, aquellos casos en los que, por ejemplo, la posición de garante derivaría de una ley y, además, porque operarían con un indefinible “*dolo subsequens*”, pues el dolo surgiría en el omitente cuando se ha generado la situación de peligro. Contra Binding se alegó que la acción interna del omitente de reprimir su propio impulso de intervenir para impedir el resultado, no es un movimiento corporal sino un acto meramente “*espiritual*”, que como tal, carece de conexión causal mecánica con el resultado y porque, en la omisión impropia cometida con imprudencia inconsciente, el autor ni se representa la situación de peligro ni, consiguientemente, el resultado lesivo, por lo que tampoco aplica en el

⁷⁹ ROJAS A., Luis Emilio. *Delitos de omisión entre libertad y solidaridad*, pág. 684.

⁸⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, pág. 31.

omitente ninguna “acción interna” para reprimir un impulso de actuar, que ni siquiera se ha representado⁸¹.

Según Enrique Gimbernat⁸², todavía se sigue afirmando que una omisión y un resultado pueden estar unidos por una relación de causalidad, la que ya no sería de carácter mecánico, sino que consistiría en el entendimiento de la relación causal como una categoría del pensamiento que enlaza antecedentes con consiguientes (predictibilidad), por lo que, en ese sentido, no existiría obstáculo alguno en afirmar que un determinado resultado (por ejemplo, la rotura de un vidrio) era reconducible tanto a factores positivos (por ejemplo, a que alguien daba una patada a un balón) como a negativos (por ejemplo, a que en la trayectoria de la pelota no se encontrara una señal de la circulación que hubiera evitado que aquella hubiera impactado en la ventana)⁸³. La omisión es causal para el resultado porque su producción solo es posible si se dan, al mismo tiempo, comportamientos positivos que tienden a ocasionarlo y ausencia de comportamientos negativos (omisiones) que podrían impedirlos. Se la cuestiona porque haría responsables a cualquier particular que se encontrara en situación de impedir el hecho, lo que está en contradicción con la doctrina absolutamente dominante, que mantiene que solo se responde del resultado si, además de haber colocado una condición negativa, se ostenta una posición de garante, mientras que quienes no la tienen responden, como mucho y si esa inactividad esta tipificada como tal, por una omisión propia.

Añade Gimbernat que, un ulterior razonamiento al que se acude para fundamentar el nexo causal entre una omisión y un resultado consiste en recordar que, de acuerdo con la fórmula de la “*conditio sine qua non*”, también en el delito de acción la

⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, pág. 31.

⁸² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, pág. 33.

⁸³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, pág. 33. Señala que este ejemplo es tomado de PUPPE, ZStW 92 (1980), págs. 898-899, y también lo utiliza VOGEL, 1993, pág. 156.

relación de causalidad se establece mediante un proceso hipotético: una acción es causal para un resultado cuando si se suprime aquella in mente (es decir, hipotéticamente), desaparece el resultado. De ahí que sería igual de legítimo acudir a otro procedimiento hipotético para afirmar, de manera análoga, la causalidad de la omisión: esta será causal para el resultado cuando si añadido in mente (es decir, hipotéticamente) la acción omitida, desaparece el resultado. Mezger dice al respecto: “... *en los delitos comisivos por omisión la cuestión de la causalidad se plantea exactamente de la misma manera y exactamente de las mismas formas que en el hacer activo: solo que no con relación a la omisión como tal, sino con relación a la acción positiva imaginada y a su resultado. La pregunta decisiva se expresa así: ¿Se habría impedido con la “acción esperada” el resultado desaprobado por el Derecho? Si esta pregunta se contesta afirmativamente, entonces la omisión ha sido causal para el resultado*”.

Sin embargo, para otra dirección doctrinal, que puede ser considerada la actualmente mayoritaria, entre omisión y resultado no puede existir relación de causalidad, ya que aquella se caracteriza por un no movimiento, y los no movimientos no pueden producir modificación alguna en el mundo exterior. Desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la inactividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no puede influir en la producción energética de un resultado. El enlace intelectual entre antecedente y consiguiente solo es correcto, por tanto, cuando coincide con la causalidad físico natural: la casualidad no está en la cabeza de las personas, el pensamiento no crea la causalidad: la causalidad es, por el contrario, una realidad ontológica ajena a la persona que la piensa, y que, ciertamente, puede ser captada por esta, pero solo en tanto en cuanto la relación que establece entre un antecedente y un consiguiente se corresponda, realmente, con el enlace físico natural que ha acontecido en la realidad⁸⁴.

Para estas teorías, que han sido llamadas las del “*aliud agere*”, se concibe la omisión como la positiva ejecución de un acto distinto en lugar del que se debía y podía

⁸⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, pág. 35.

haber realizado (“*andershandeln*”). El agente al no hacer algo, necesariamente hace otra cosa y, por ende, la causalidad se encuentra en ese “hacer distinto” en lugar del ordenado y esperado jurídicamente⁸⁵.

Estas teorías conciben a la causalidad como una cadena, en que basta que cualquier acción del agente ocupe el lugar que tenía reservado para la acción debida, para que sirva como eslabón conductor hacia el resultado. Sin embargo, esta forma de concebir la causalidad no es correcta “*por cuanto... esa acción distinta de la debida, es indiferente o neutra respecto de la eficacia del proceso causal de la naturaleza, nada agrega de nuevo a lo que de por sí ya poseía.*”⁸⁶

En todo caso, existe unanimidad en que para que un resultado típico sea imputado a una omisión -y prescindiendo de si es posible considerarla o no causa de aquel- es necesario que se pueda afirmar que la acción omitida habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad o en la certeza⁸⁷.

A diferencia del delito de acción, donde sí que se puede alcanzar una certeza sobre si el comportamiento activo ha causado o no el resultado, ya que ahí de lo que se trata es de comprobar una relación causal que ha existido realmente, en la omisión, en cambio, hay que operar con una conexión causal no real, sino hipotética, y es por ello por lo que, con relación a algo que no ha sucedido (la acción omitida y el curso causal que habría desencadenado), únicamente cabe emitir un juicio, no de seguridad, sino solo de probabilidad de que aquella hubiera evitado el resultado.

De esto se obtienen dos necesarias consecuencias, que tendrían incidencia con el caso en estudio, a saber: En primer lugar, que, si de la acción omitida solo se puede decir que podría haber evitado, tal vez, el resultado, pero no con una probabilidad rayana

⁸⁵ GÓMEZ TOLEDO, Pablo. El delito de omisión impropia, pág 19.

⁸⁶ NÁQUIRA, Jaime. *La omisión*, pág. 61.

⁸⁷ CESANO, José Daniel. *La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis*, págs. 344.

en la seguridad, entonces al omitente, y en el caso de que él actué dolosamente, solo se le puede castigar por tentativa, ya que falta la relación de (cuasi) causalidad que se exige en el delito consumado de comisión por omisión, mientras que en los supuestos de imprudencia, y dado que en ellos no cabe la punibilidad por tentativa, ésta quedaría impune. En segundo lugar, que “el garante no necesita entrar en acción, cuando era imposible, en el caso concreto, frenar las energías hostiles al Derecho (las que iban a causar el resultado típico)”⁸⁸. Varios autores, como Bockelmann, han señalado que en los supuestos de imprudencia, si el garante no actúa, y no se da aquella situación objetiva de probabilidad rayana en la seguridad o certeza, entonces esa omisión negligente no ha (cuasi) causado el resultado, y que, al faltar el elemento de la conexión causal entre omisión y lesión del bien jurídico, falta, con ello, un requisito esencial para poder fundamentar una responsabilidad imprudente del garante inactivo.

En síntesis, para la doctrina dominante “si la lesión del deber por parte de una persona consiste en no haberle dado a otra la oportunidad de cumplir con su deber, entonces hay que presuponer que esa otra persona habría cumplido con su deber”. Como no se conocen las reglas que determinan el comportamiento humano y se ignora, por consiguiente, un factor decisivo para poder medir con que grado de probabilidad hubiera evitado el resultado la acción omitida, lo que en estos casos defiende la doctrina, es que hay que presuponer, ficticiamente, que el tercero, de quién depende, en última instancia, la evitación del resultado, habría actuado conforme a las normas, fórmula que resulta impracticable en la práctica, pues es imposible determinar ex ante cual habría sido el comportamiento no ejecutado de un tercero, si no es introduciendo un elemento normativo en un juicio que es estrictamente ontológico.

Además, en los delitos culposos, no es posible usar como punto de referencia la intención del sujeto, como se propone para los delitos dolosos. Por tanto, habrá que acudir a otros criterios: será necesario distinguir entonces según que se mantenga un hacer activo, susceptible o no de control en el momento de producirse el resultado, de

⁸⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, pág. 51.

aquellos supuestos en que las fuerzas naturales quedan abandonadas a sí mismas por un hacer precedente del sujeto. Por ejemplo, atropellar a una persona por no haber frenado a tiempo es un delito de acción; dejar un vehículo de motor sin freno de mano en una pendiente y la causación de la muerte por el vehículo que se desliza por la calzada a causa de su propio peso, sería una comisión por omisión culposa, en la medida en que concurren todos sus requisitos⁸⁹.

En un intento de superar estas dificultades de la doctrina dominante que exige, en la omisión impropia, que la acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad o certeza, para poder estimar la concurrencia de relación de causalidad e imputar el resultado, es que la dogmática ha elaborado, minoritariamente, dos distintas salidas: la primera consiste en exigir más: en exigir la completa certeza de que se hubiera evitado el resultado, y la segunda consiste en exigir menos: en considerar suficiente que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado⁹⁰.

En relación a la necesaria causalidad, se estableció en el juicio respecto de los directivos acusados, “que su deficiente gestión y decisiones imprudentes, fueron las que permitieron que confluyeran los errores y deficiencias detectados en la obra y que, a la postre, produjeron el derrumbe del edificio”.

Esas deficiente gestión y decisiones imprudentes constituye, para ellos, lo que en doctrina, al parecer ya superada, se denomina como injerencia, o el *hacer precedente creador de un riesgo* y en virtud del cuál se les erige en garantes de los bienes jurídicos que pusieron en peligro, riesgo que se concretizó.

En razón de la conducta anterior creadora del riesgo, quien la ejecuta queda constituido en custodio de ese bien, surgiendo en consecuencia, el deber jurídico de

⁸⁹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. Comisión por Omisión, pág. 337.

⁹⁰ CESANO, José Daniel. *La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis*, pág. 345.

actuar a fin de sustraerlo a los riesgos así generados, de suerte que, si no lo hace, el resultado típico le es imputable a título de comisión por omisión.

A fin de garantizar la exclusión de la responsabilidad por el azar o el hecho ajeno, es que se hace indispensable establecer una vinculación personal o, al menos, por culpa del omitente con el hecho punible. Es evidente que es necesaria una conexión (nexo, relación, vínculo) entre la conducta desvaliosa y el resultado desvalioso.

El caso propuesto es de aquellos donde existe un actuar precedente culposo que genera un riesgo jurídicamente relevante, para cuya solución la doctrina aún no encuentra consenso⁹¹. Jackobs, que afirma que no existe distinción entre acción y omisión en los delitos por organización⁹², se refiere al problema antes citado, al que denomina “encadenamiento temporal de las realizaciones activa y omisiva”⁹³. Sin embargo, se considera que la posición de Jackobs no es de recibo, pues se aleja de la realidad material y tangible de la sociedad anteponiendo la elaboración ideal frente al problema real.

Las propuestas de solución hasta ahora mencionadas, buscan la respuesta a la cuestión de la intervención omisiva en el campo de la dogmática de la omisión. Por un lado, afirmando que todo delito de omisión sería un delito de infracción de deber; por otro, intentando determinar las diversas formas de intervención delictiva, con base en una clasificación de las posiciones de garante propia de dicha dogmática. Sin embargo, otras posiciones doctrinales coinciden en señalar que los problemas de los casos en que el omitente no impide el hecho delictivo de un tercero, se deben resolver según las reglas generales que delimitan autoría y participación, es decir, la teoría que se aplique a la intervención activa debe ser también aplicada a la omisiva. De acuerdo con este punto de vista, el omitente que no impide la realización del hecho de un tercero, a pesar de

⁹¹ JESCHECK, H. Tratado de Derecho Penal. pág. 831.

⁹² JAKOBS, G. Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación. pág. 969.

⁹³ SANCHEZ-VERA Y GOMEZ-TRELLES, J. *Intervención Omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, pág. 15.

estar obligado a ello por ser garante, es tan solo participe, conclusión que resulta de la aplicación de la “teoría del dominio del hecho” al suceso completo, esto es, en el empleo de esa teoría para determinar el tipo de intervención tanto del actuante, como la del omitente.

En el omitente, lo relevante sería estar en posesión del dominio fáctico del hecho y, en el actuante, la falta de dominio sobre su propio hecho.

Ahora bien, si quién actúa domina la situación, que es lo que alegaron las defensas de los acusados que fue lo ocurrido con los subordinados, la cuestión deberá plantearse, en otros términos. Ahora se tratará de determinar si el actuar del tercero impide, por su parte, el ejercicio del dominio fáctico del hecho a un omitente. En primer lugar, se señala para estos supuestos, que el omitente jamás puede tener el dominio fáctico del hecho, sino tan solo un dominio del hecho “potencial”; de esta forma, la escala adecuada para diferenciar la autoría de la participación en la omisión no podría ser el criterio del dominio del hecho, sino que tan solo se podrá buscar una equivalencia con la intervención activa, siendo por ello valorable el comportamiento del omitente tan solo como participación y no como autoría. En segundo lugar, también se justifica que el omitente sea considerado como participe, por cuanto, poseyendo un dominio del hecho meramente potencial, no impide el resultado del autor principal.

Si, por tanto, desde este punto de vista, el dominio del hecho del actuante impide el dominio del hecho del omitente, habrá que concluir a contrario sensu, que cuando el actuante ha perdido el dominio, entonces éste queda en manos del omitente, convirtiéndose así, automáticamente, en autor. En estos casos la omisión ya no se correspondería con una participación sino con una autoría activa⁹⁴.

⁹⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, pág. 257.

En cuanto a las formas de infringir los deberes de cuidado que incumben a los directivos de una empresa, cabe distinguir dos situaciones diferentes, sin perjuicio de que en concreto puedan coincidir:

En primera línea, por ser lo más notorio, incurren en tal infracción todos los órganos de la organización empresarial que, debiendo y pudiendo evitar la situación defectuosa estaban en conocimiento de la situación. La cuestión es, entonces, estrictamente probatoria y consiste en determinar qué personas con poder de evitación en la estructura jerárquica de la empresa sabían de la situación. Cabe insistir en que al respecto lo que se requiere no es un conocimiento específico sobre la situación precisa, sino que basta uno general referido a las condiciones imperantes para el desarrollo de la actividad empresarial peligrosa.

Adicionalmente, incurren en infracción de sus deberes de cuidado todos los órganos directivos que, aun desconociendo la situación, no adoptaron las medidas de vigilancia y control exigibles en relación con el riesgo en cuestión. En efecto, como se ha dicho, sobre los directivos de empresa pesa el deber de precaver que la actividad empresarial no ocasione daños a bienes jurídicos de terceros, para lo cual debe adoptar medidas de control y vigilancia idóneas, respondiendo, también penalmente, si no lo hacen⁹⁵.

2.5.- CONTENIDO Y LÍMITES DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPRESARIO. CONDICIONES EN LAS QUE PUEDE SER LEGÍTIMO HACER CARGAR A UNA PERSONA POR LOS DESCUIDOS DE OTRA.

No hay dudas en cuanto a que el contenido del deber de garantía del empresario respecto a los riesgos en el seno de la empresa se concreta en la adopción de medidas de seguridad complementarias y en la adopción de medidas de salvamento. Las

⁹⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa*, pág. 198.

primeras tienen por objeto evitar que los focos de peligro eleven el nivel de riesgo inicial inherente a los mismos. Las segundas deben sustraer a las personas de la esfera de eficacia del riesgo, cuando este ya se ha convertido en un peligro concreto e inminente para los bienes jurídicos.

Una pauta para la determinación y delimitación, en cada caso, del contenido concreto del deber de garantía del empresario puede venir dada, como en el caso en estudio, por la legislación extra penal, “cláusulas de equivalencia”, como la normativa de construcción, reglamentos, normativa mercantil y societaria, así como a la reglamentación estatutaria propia de la empresa, para cuya determinación el operador jurídico necesariamente deberá tener en cuenta los principios constitucionales que rigen la aplicación del derecho penal, tales como el carácter de *última ratio* del sistema penal, y la interpretación *pro homine*, en caso de duda sobre la concurrencia o no de la posición de garantía⁹⁶.

Si bien, el contenido y los límites de la posición de garante del empresario se encuentran relacionados, éstos últimos gozan de un tratamiento independiente y autónomo en todos los órdenes. La posición de garante del empresario respecto a la evitación de hechos cometidos por sus empleados conoce algunos *límites estructurales* que pueden agruparse desde el punto de vista dogmático y fenomenológico.

Los límites dogmáticos de la posición de garante del empresario son aquellos que derivan del principio de “Responsabilidad por el Hecho Propio”, “La Delegación Lícita de Competencias”, “La parte Subjetiva del Hecho” y el “Título de Imputación”.

En cuanto al principio de responsabilidad por el hecho propio, como ya se vio, no constituye un obstáculo insalvable para afirmar la posición de garante del empresario, pero, a su vez, de él resulta una primera limitación a la misma. Ello se debe a que con carácter general se considera que, si un elemento de la empresa objetivamente no

⁹⁶ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.*

peligroso conduce a un peligro para bienes jurídicos de terceras personas, solo después de su manipulación por parte de quien ejecuta el hecho la constitución de una posición de garantía iría en contra del principio de responsabilidad por el hecho propio.

La delegación lícita de competencias produce una traslación del correspondiente deber de garantía y, con esto, la liberación de responsabilidad penal del empresario, salvo que con la trasmisión de la competencia surjan nuevos deberes jurídico-penales bajo la perspectiva de una posible “*culpa in eligendo, instruendo et custodiendo*”, según se analizará más adelante.

En lo que respecta a la parte subjetiva del hecho, aquella es un límite estructural general de toda responsabilidad penal, también cuando se imputa a título de comisión por omisión, pues debe tratarse de un *hecho doloso o imprudente* del empresario al que se imputa responsabilidad penal por hechos penales cometidos por sus empleados. En otros términos, no es posible objetivar la responsabilidad penal del superior jerárquico hasta tal punto, sea cual fuere el grado de normativización del discurso penal que se alcance, que se olvide la necesidad de constatar un *injusto de comportamiento*, que no viene dado por tanto por la mera infracción de un deber.

El título de imputación, en virtud del cual responde el empresario garante también es un límite, toda vez que la tesis sostenida mayoritariamente es que, no por ser garante, el empresario se convierte automáticamente en autor. Más bien y a diferencia de lo que sucede con la teoría de la infracción del deber, desde la teoría del dominio, que se toma como punto de partida también para los delitos omisivos, puede defenderse una solución diferenciadora, de modo que en los supuestos que contemplamos no será extraño que el empresario sea calificado de partícipe, porque la ejecución del hecho está en manos de un tercero que actúa de modo autorresponsable⁹⁷ Esto no quiere decir que no pueda

⁹⁷ MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, pág. 362. En la medida en que el empresario detente únicamente un deber de vigilancia, cabrá calificarlo como partícipe en comisión por omisión cuando con su omisión haya contribuido a que el riesgo creado o incrementado se realice en el resultado ejecutado por su subordinado.

ser calificado también a título de autor, pero ello dependerá de la *importancia de su contribución al hecho* en orden a la evitación del resultado.

El profesor Eduardo Demetrio señala que, según la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo Español⁹⁸, la “comisión por omisión en grado de autoría” existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Por el contrario, existirá “comisión por omisión en grado de complicidad” cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede considerar apreciable Sin embargo, el debate en este punto dista mucho de estar cerrado, sino que permanece abierto tanto en el plano doctrinal como por parte de la jurisprudencia comparada, en la que parecen convivir tendencias distintas.

Entre los límites fenomenológicos se encuentran en primer lugar, aquellos que derivan de la necesidad de que los delitos de que se trate se hallen vinculados a la empresa. Se trata de la clasificación entre “delitos vinculados al establecimiento” frente

⁹⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. <https://legal.legis.com.co/document.legis?fn=content&vistaprevia=1&docid=rpenal&ctxid=rpenal7680752a809e404ce0430a010151404c&fnpipelines=DOCHIGHLIGHTER#bf1fe3fa676f70a41e1a595552723847c80nf9> Cita como ejemplo: STS de 9 de octubre de 2000 (ponente Excmo. Sr. Dr. José Jiménez Villarejo), en la que se exigen estos requisitos para la participación omisiva: a) que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley; b) que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 C.P. (Español) exigiendo que la no evitación del resultado “equivalga” a su causación; c) que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales; d) que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado; e) que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, o porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

a los “delitos cometidos con extralimitación”⁹⁹. De esta clasificación ideada por Hero Schall, resultarían dos límites generales, que resultan aceptables, y otros más específicos, que en algún caso pueden resultar demasiado restrictivos, en opinión del profesor Eduardo Demetrio.

El primer límite fenomenológico general viene a exigir que se trate en todo caso de evitar hechos concernientes a la empresa, entendida como “foco de peligro”, cuya realización deriva por tanto de este último. El empresario se convierte en “garante vigilante”, en virtud de su dominio sobre las fuentes de peligro que residen en su empresa. El segundo límite general, que resultaría de unir el primero con el criterio del dominio, es según Schall, que debe tratarse de delitos que lesionan bienes jurídicos de terceras personas, de modo que los propietarios de la empresa o sus directivos estén obligados a evitar ilimitadamente los delitos que sean llevados a cabo con objetos peligrosos de la empresa hacia el exterior. Quedan fuera de consideración los casos cometidos hacia el interior de la empresa, como los delitos perpetrados por subordinados en contra de otros empleados, de los que el empresario tuvo conocimiento y pudo haber impedido, o los casos en los que un subordinado comete un hecho delictivo con abuso de su cargo en la empresa, pero en perjuicio de esta última.

Los “límites fenomenológicos específicos”, tales como la “vinculación con el ámbito de tareas propias”, la “vinculación interna con las tareas y fines de la empresa”, la “actuación en interés de la empresa”, o la “utilización de recursos fácticos o jurídicos de la empresa”, se dice que, aunque siendo razonables con carácter general, aparecen en ocasiones como demasiado restrictivos.

⁹⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.* <https://legal.legis.com.co/document.legis?fn=content&vistaprevia=1&docid=rpenal&ctxid=rpenal7680752a809e404ce0430a010151404c&fnpipelines=DOCHIGHLIGHTER#bf1fe3fa676f70a41e1a595552723847c80nf9>

Según se aludió precedentemente, uno de los límites dogmáticos de la posición de garante del empresario lo constituye la “Delegación Lícita de Competencias o Funciones”¹⁰⁰, el que fue uno de los argumentos principales sostenidos por las defensas en su favor.

En efecto, los acusados sostuvieron que las tareas de ejecución y desarrollo del proyecto inmobiliario fueron subcontratadas a técnicos especialistas o distribuidas entre los distintos empleados contratados, precisamente para cumplir tareas calificadas, las que no realizaron, o bien, realizaron de modo negligente y por las que deben responder penalmente, no correspondiendo que además se haga imputación de responsabilidad penal a los directivos por funciones que no desarrollaron ni estuvieron en su ámbito de competencia.

Desde luego que la posición de garante de los directivos de una empresa por los hechos penales cometidos por sus empleados y la consecuente traslación de esa responsabilidad, no es ni puede ser de carácter general, ni puede derivar de la mera infracción de un deber de vigilancia suyo; ella está delimitada y el primer gran inconveniente viene dado por un elemento que no cabe pasar por alto: ese hecho penal es cometido por un sujeto plenamente responsable, aunque y como se ha visto, la auto responsabilidad del hechor no constituye un obstáculo insalvable para afirmar la posición de garante del empresario.

El actuar antijurídico de los subordinados, normalmente bajo su propia responsabilidad, no permite hablar de un verdadero poder de vigilancia y mandato en virtud del cual los superiores puedan dirigir el comportamiento efectivo de los

¹⁰⁰ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.*
<https://legal.legis.com.co/document.legis?fn=content&vistaprevia=1&docid=rpenal&ctxid=rpenal7680752a809e404ce0430a010151404c&fnpipelines=DOCHIGHLIGHTER#bf1fe3fa676f70a41e1a595552723847c80nf9>

subordinados a través de medios coercitivos¹⁰¹, como podría haberlo en algunos “casos prototípicos”, como en el de los padres respecto a los hijos sobre los que ostentan la patria potestad, de los que ciertamente difieren los supuestos de la criminalidad empresarial.

No obstante, esta objeción, parte importante de la doctrina señala que solo podría afirmarse un deber de vigilancia penalmente relevante, si el subordinado comete el hecho mediante el empleo de un objeto peligroso perteneciente a la empresa. A partir de aquí, la opinión absolutamente dominante es que el principio de responsabilidad por el hecho propio no se contrapone con el deber del empresario de impedir que se cometan determinados hechos delictivos por los miembros de la empresa que hacen uso de fuentes de peligro que quedan bajo el poder de dominio del garante.

Además, se entiende que la exculpación de responsabilidad por medio de la delegación de funciones o competencias, cuestión muy vinculada a la lógica del principio de confianza, solo es posible en el marco de una delegación “lícita” de competencias, salvo que con la trasmisión de la competencia surjan nuevos deberes jurídico penales bajo la perspectiva de una posible *culpa in eligendo, instruendo et custodiendo*¹⁰².

La delegación de funciones es válida cuando se efectúa en una persona que reúne la capacitación y las condiciones requeridas para gestionar una concreta esfera de competencia, lo que no sucedió en el caso estudiado respecto de los subordinados, de quienes se demostró que carecían de preparación técnica y experiencia necesarias para realizar una construcción de esa envergadura y exigidas por la ley; porque solo cuando esto es así se podrá decir que los resultados lesivos para bienes jurídicos de terceras personas se producen como consecuencia de la deficiente gestión de los niveles de riesgo que surgen de la misma.

¹⁰¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*, págs.166 y ss.

¹⁰² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*, pág. 15.

En todo caso, no cabe la delegación de los niveles de riesgo generales representados por la empresa en sí misma, máxime si se trata de actividades altamente peligrosas. Como dice Peñaranda Ramos, “*con la delegación no se extingue en todo caso el núcleo esencial del deber de garante primario, consistente en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible y exigible que del círculo de la organización de la empresa se deriven daños para terceros*”¹⁰³. Subsiste para el delegante el deber de mantener una vigilancia razonable del desempeño del delegado.

La delegación de funciones es una necesidad en las organizaciones de las empresas complejas, que responde a la idea de la “división del trabajo”, pero, igualmente, debe responder a una exigencia de racionalización y efectividad en la tutela de bienes jurídicos. Al mismo tiempo, de la delegación surge la obligación para el empresario de no incrementar a través de la misma, el riesgo de lesión para bienes jurídicos de terceros, actuando frente a los peligros conocidos en el momento en que se produce la delegación, o frente a los que resulten conocidos posteriormente.¹⁰⁴

Se dice, pues, que se produce una *mutación*, de modo que la delegación convierte al sujeto en quien recae, en destinatario de la norma penal, mientras que la obligación original del delegante se transforma en un deber de controlar su cumplimiento por parte de otro¹⁰⁵. Cuando el objeto de la delegación consiste específicamente en *funciones de control o vigilancia*, la posición de garante se delega por completo, salvo que haya algún defecto de validez en la misma. Por el contrario, si lo que se delega es la ejecución de actos concretos, no hay exoneración alguna, siendo posible afirmar responsabilidad penal del delegante *in vigilando o in eligendo* en comisión por omisión.

¹⁰³ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)*, pág. 421.

¹⁰⁴ MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, pág. 367.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 369.

Estos límites responden al consenso básico que en la actualidad impera en cuanto a la necesidad de impedir la llamada “irresponsabilidad organizada”. Para eximirse de responsabilidad no es posible alegar sin más “ignorancia” de lo que ocurría en la empresa, sino sólo una ignorancia no reprochable, esto es, aquélla que se produce a pesar del estricto cumplimiento de los deberes propios del garante¹⁰⁶.

En las sentencias se razonó que, no obstante, la actuación de los subordinados en distintos roles calificados de la obra que les fueron confiados, el deber de vigilancia de los directivos se mantuvo igualmente por los defectos antes enunciados -empleados incompetentes y errores graves y negligentes en sus actuaciones, además de que todos los directivos se inmiscuyeron y participaron directamente en la ejecución y desarrollo del proyecto, siendo su deficiente gestión y decisiones imprudentes el motivo por el cual, se les declaró culpables.

De todas maneras, se sostiene que en caso de duda sobre la existencia o no de la posición de garante, deberá estarse siempre a la punición más leve: como una simple omisión, pero no como una omisión impropia y, en última instancia, la afirmación o no de la posición de garante en un caso concreto, deberá considerar como último filtro en favor del imputado, una contemplación especial en los casos de errores. Si el sujeto omitente desconocía que en el caso estaba en posición de garantía, ese error deberá jugar a su favor al momento de la punición. Es aceptado mayoritariamente que todo error sobre la posición de garantía (existencia de posición de garante) debe ser considerado como un error de tipo. Al mismo tiempo, los errores sobre los alcances del deber de garantía son considerados como error de prohibición. Por lo mismo, estos errores debieran ser juzgados de acuerdo a las reglas del error de tipo: si el error es vencible, subsiste la responsabilidad penal por delito culposos; si el error es invencible, no habría posibilidad de penar por la forma dolosa, ni por la culposa, solución que sería la más aceptable para

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa*, pág. 196.

salvar la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia, que tanta discusión traen, especialmente por su falta de precisión¹⁰⁷.

En todo caso y reiterando lo señalado en cuanto a los alcances subjetivos del deber de vigilancia, lo cierto es que la responsabilidad del directivo no tiene más límites que los que se desprenden de la aplicación de los criterios precedentemente revisados. Es decir, es igualmente factible que por un resultado determinado sea responsable un ejecutivo que se encuentra en una ciudad distante del lugar del hecho y que no lo sea un supervisor directo. En uno y otro caso lo único decisivo será si el daño corresponde o no a un riesgo propio de la esfera de competencia del sujeto y si éste ha cumplido o no con sus deberes de garante. Por eso no hay límites preestablecidos asociados a un cierto nivel jerárquico. Sencillamente, se puede “subir” en la jerarquía en tanto se sigan dando los presupuestos de la responsabilidad¹⁰⁸.

Todo lo esto rige sin excepciones tratándose de las relaciones jerárquicas o “verticales”. Para las relaciones de división del trabajo u “horizontales”, la solución es distinta, porque en general los encargados de labores paralelas no deben responder de lo que hagan o dejen de hacer los que no están sujetos a su control jerárquico. Por ejemplo, es dable suponer, que quien está exclusivamente encargado de la contabilidad de la empresa no tenga responsabilidad alguna en la gestión de la cadena productiva o en la publicidad de la misma, que están a cargo de otros órganos sobre los cuales no tiene poder de dirección, de modo que no tiene deber alguno de garante¹⁰⁹.

Con todo, conviene destacar que, en esta materia, como ocurre en general en el derecho penal y así fue considerado en la sentencia, prima la realidad sobre la apariencia, de suerte que para la determinación de las esferas de competencia al interior

¹⁰⁷ MOLINA, Gonzalo Javier. Constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el sistema penal argentino, pág. 8.

¹⁰⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa, pág. 194.

¹⁰⁹ CESANO, José Daniel. La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis, pág. 172.

de la empresa la organización formal de la misma, su organigrama y descripción de cargos, constituye el punto de partida obligado, pero no prejuzga definitivamente al respecto. En último término será decisivo establecer quién ejerce efectivamente funciones de dirección en la empresa y en qué ámbitos. De ahí que, tratándose de delitos comunes, no presenta ninguna dificultad la eventual presencia de “administradores de hecho”; éstos serán simplemente responsables en la medida en que ejerzan efectivamente funciones de dirección¹¹⁰.

De la misma manera, puede eximirse de responsabilidad el directivo que nunca ha asumido efectivamente funciones de dirección¹¹¹. Porque la posición de garante, en general, no basta por sí sola para fundar responsabilidad penal a título de omisión impropia, sino que se requiere una efectiva asunción del rol que funda dicha posición.

Sin embargo, se trata de casos excepcionales de absoluta prescindencia de intervención en la marcha de la empresa; en cambio, quién interviene efectivamente con poder de dirección en la marcha del negocio, aún haciéndolo esporádicamente, deberá asumir los deberes propios de la dirección, esto es, como se ha dicho, deberes en cuanto a una organización y gestión adecuadas, así como en cuanto a la vigilancia y control del quehacer empresarial. De ahí que la exención de toda responsabilidad suele estar reservada sólo para propietarios que no tienen injerencia de ningún tipo en la marcha concreta del negocio, generalmente accionistas, o bien para socios que nunca han intervenido en el quehacer de la empresa, entre otros pocos casos¹¹².

¹¹⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa, pág. 194.

¹¹¹ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*. Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa, pág. 195.

¹¹² HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*. Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa, pág. 195.

2.6.- LA IMPRUDENCIA EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN, CRITERIO ADOPTADO POR LA SENTENCIA Y ACTUAL SOLUCIÓN DOGMÁTICA.

Como se señaló precedentemente, se atribuyó responsabilidad a los acusados Juan Ignacio Ortigosa, Felipe Parra y Ricardo Baeza, “por no gestionar ni estructurar el proyecto en forma diligente, aumentando considerablemente el riesgo de errores o desperfectos en la proyección del edificio o su construcción, faltando al deber de cuidado que las normas y la naturaleza de la obra ejecutada les imponía produciéndose a raíz de sus actuaciones y en las diversas etapas del proyecto y construcción del edificio las irregularidades que en definitiva causaron la caída del mismo.”

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción determinó, en el considerando Undécimo¹¹³ de su sentencia, entre otros aspectos, que:

- “... Se puede dar por establecido que los acusados en sus calidades de representantes legales de sus respectivas empresas y como dueños y organizadores del proyecto Alto Río, en el cual participaron de manera activa, inmersos en cada una de sus etapas de las que estaban al tanto, debieron, porque la normativa así lo indicaba, desplegar sus conductas de manera diligente, cuidadosa y apegados a la normativa vigente en la materia.
- Que, no adoptaron las medidas que una obra de esta naturaleza requería, con lo cual infringieron los artículos 1.1.2; 1.2.2; 3.3.9, 5.1.6 letras g) y h), 5.1.17, 1.2.9, 1.3.2 N° 1 y N° 7, todas ellas de la Ordenanza y que los obligaban, a construir estrictamente acorde a los planos y a las especificaciones técnica, a adoptar los controles necesarios en la obra, a someter a revisión las modificaciones de carácter estructural que efectuaren, en general, realizar la labor que hacía con diligencia y cuidado.
- Que, en este orden de ideas, las deficiencias constructiva, de diseño o de estructuración en general, no se circunscriben a una comprobación puramente fáctica, siendo lo relevante la causa que provoca tales deficiencias,

¹¹³ Extractado de Considerando Undécimo Sentencia TOP Concepción RIT: 251-2012, de fecha 10 de diciembre de 2013.

y que no es otra que el haber actuado faltando al deber de cuidado que las normas y la naturaleza de la obra les imponía a los acusados, y esto produjo el colapso y consecencial muerte y lesiones de las víctimas señaladas en las acusaciones.

- Que la responsabilidad que se le imputa a los acusados, es por los errores cometidos negligentemente y con infracciones reglamentarias en las que incurrieron durante la ejecución del proyecto Alto Río, en cuyo desarrollo no cumplieron la legalidad vigente, ni los debidos controles que garantizaran su correcta ejecución; esta situación, sumada a una deficiente gestión y a la toma decisiones imprudentes por parte de estos acusados que tenían el mando y poder de decisión en la dirección del proyecto, fue lo que en definitiva llevaron a que esta estructura colapsara. En efecto, esta organización y gestión negligente y con infracción de reglamentos, imposibilitó que operaran los debidos controles y resguardos que debían aplicarse en esta obra.

- En el N° 2 de la parte resolutive, *se condena a los acusados Ricardo Lorenzo Baeza Martínez, Juan Ignacio Ortigosa Ampuero y Felipe Andrés Parra Zanetti, a las penas de tres años de reclusión menor en su grado medio y a las accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena; y al pago de las costas del procedimiento, por su responsabilidad en calidad de autores de ocho cuasidelitos de homicidio, previstos en los artículos 492 en relación al artículo 391 N° 2, ambos del Código Penal y sancionados en el artículo 490 del mismo código; un cuasidelito de lesiones graves gravísimas; y seis cuasidelitos de lesiones simplemente graves, previstos en los artículos 492 en relación al artículo 397 N° 1 y 2, ambos del Código Penal, sancionados en el artículo 490 del mismo código, ilícitos consumados en los cuales tuvieron participación los acusados en calidad de autores, cometidos el 27 de febrero de 2010.*

La sentencia asume, como se hace de modo mayoritario, que la responsabilidad penal en materia de imprudencia se funda exclusivamente en la infracción de los propios

deberes de cuidado en relación con el resultado lesivo¹¹⁴ y no en la participación en el hecho de un tercero (los que también fueron condenados), ni en una responsabilidad por el hecho; asume también la vigencia de un sistema unitario de autor, esto es, de un sistema en el cual no se distingue entre autor y coautores o partícipes porque sólo hay autores, ya que todo aquél que contribuye a la producción del resultado típico mediante una conducta realizada con infracción del deber de cuidado que en particular le incumbe, es derechamente autor¹¹⁵.

Observo que la sentencia imputa a los acusados conductas que se corresponden a comportamientos principalmente activos y preponderantemente no omisivos, independientemente de la interpretación que los hechos a ellos atribuidos pueda merecer al intérprete de los mismos. No obstante, los mismos pueden ser tratados válidamente tanto por acción como por omisión.

Ahora bien, también los delitos imprudentes de resultado son susceptibles de comisión por omisión, aunque ni la jurisprudencia ni la doctrina han conseguido alcanzar una solución dogmáticamente satisfactoria sobre la cuestión de cuándo debe ser imputado objetivamente al omitente un resultado injusto realizado mediante omisión. No obstante, existe consenso en cuanto a que la mayoría de los delitos de lesiones y los que atentan contra la vida pueden ser cometidos tanto por acción, como por omisión¹¹⁶, por lo que las figuras culposas de estos delitos son susceptibles de ser abordadas conforme a esta categoría, en la medida que cumplan con sus presupuestos.

¹¹⁴ No evitación de la producción del resultado delictivo por infringir el cuidado objetivamente debido.

¹¹⁵ Al respecto, ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal, T. I, pág. 323; CURY, Enrique: Derecho penal. Parte general, págs. 623, 640; GARRIDO, Mario. Derecho penal, T. II. págs, 176, 315; POLITOFF, Sergio/ MATUS, Jean Pierre/ RAMÍREZ, María Cecilia: Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, págs. 294, 423; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. El delito culposo, págs. 96 y ss., con referencias jurisprudenciales; SOTO, Miguel: *La noción de autor en el código penal chileno*, Gaceta Jurídica N° 68, 1986, pág. 13.

¹¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, pág. 7.

Para los delitos de omisión, el problema central de la dogmática es el determinar cuando el que se abstiene puede ser hecho responsable del resultado igual que si lo hubiera causado mediante una conducta activa, lo que significa precisar el alcance concreto de los deberes de garante, cuyo es el presupuesto indispensable para afirmar su eventual responsabilidad¹¹⁷. En cambio, en los delitos imprudentes, lo relevante será la determinación del deber objetivo de cuidado infringido por dejadez o descuido y la previsibilidad del resultado lesivo por parte del hechor.

En los delitos imprudentes, se pueden distinguir como sus elementos integrantes:

- a) Una conducta humana consistente en hacer o no hacer, pero no dolosa o maliciosa;
- b) Que esa conducta infrinja un deber objetivo de cuidado, es decir, que el sujeto podía y debía haber previsto las consecuencias de su conducta, o lo que es lo mismo, el resultado lesivo y su vinculación causal con su propio hacer u omitir, y si no lo hizo fue a causa de su propia dejadez o descuido¹¹⁸;
- c) que tal conducta produzca una lesión en un bien jurídico de un tercero que represente un valor protegido por la ley penal;
- d) que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión voluntaria y el resultado dañoso.

Son responsables entonces a título de acción, desde luego, quienes disponen que se realice la actividad peligrosa en las condiciones defectuosas, mediante instrucciones específicas impartidas directamente o a través de personas ubicadas en un rango inferior en la escala jerárquica de la empresa. Esto, naturalmente, a condición

¹¹⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa*, pág. 183.

¹¹⁸ La distracción o desatención en la conducta constituye la raíz de la culpa y afecta a dos elementos de que esta se compone: El psicológico, al no apreciar el grado de previsibilidad del resultado en relación con el riesgo suscitado, y el normativo, al disminuir la intensidad de la conciencia del deber de cuidado infringido constituido ya por normas elementales de común experiencia, ya por preceptos de menor rango incorporados o no a reglamentos (Sentencia TSP Español de 13 de marzo de 1982).

de que tienen conocimiento del incumplimiento de la normativa de seguridad o han debido conocerlo por pertenecer dicho conocimiento al ámbito de sus obligaciones¹¹⁹.

Pero no sólo ellos tienen responsabilidad, sino también y especialmente quienes con poder de mando en la empresa han organizado o bien gestionan defectuosamente el funcionamiento de ese aspecto de la actividad empresarial, creando de ese modo el riesgo de accidente. Específicamente, la organización o gestión de la actividad empresarial asumiendo consciente o inconscientemente, aquí radica la específica infracción del deber de cuidado, como un componente al menos ocasional de la misma el incumplimiento incluso reiterado de las normativas de seguridad es, sin lugar a dudas, una conducta creadora de un riesgo prohibido para terceros.

Para el fallo definitivo, la infracción de la normativa especial de seguridad cumple al mismo tiempo la función de ser “infracción de reglamento” en los términos del artículo 492 del Código Penal y, en la medida en que es consenso normativizado sobre la previsibilidad del resultado, permite calificar la conducta como imprudente per se, salvo circunstancias extraordinarias, con lo cual se cumple con la exigencia que impone el artículo 492, en cuanto a que, además de la infracción de reglamentos, efectivamente haya con ocurrido al menos “mera imprudencia o negligencia”¹²⁰.

Más aún, debe destacarse que cuando el incumplimiento de dicha normativa es una situación de normal ocurrencia en el seno de una empresa que ha sido organizada o es gestionada asumiendo genéricamente ese tipo de incumplimientos (defecto de organización), la previsibilidad no requiere un conocimiento de la situación específica que dará lugar al resultado ni tampoco posibilidad concreta de dicho conocimiento, sino que basta con una previsibilidad genérica de las consecuencias potenciales de las decisiones generales adoptadas al respecto en la dirección empresarial.

¹¹⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa*, pág. 184.

¹²⁰ GUTIÉRREZ CARRASCO, Pablo. *Alcance de la mera imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos del artículo 492 del Código Penal*, pág. 6.

Es necesario observar que, empero los criterios tradicionales, la doctrina actualmente dominante en la ciencia del derecho penal¹²¹ clasifica los hechos punibles en delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Los delitos de infracción de deber son delitos que solo pueden ser cometidos por determinadas personas, portadoras de un deber especial, como los que presuponen una posición de garante. Los delitos de dominio, en cambio, solo pueden ser cometidos por aquellos que poseen el dominio del hecho, es decir, de aquellos de quién depende si el hecho se comete o no y como éste es ejecutado en sus particularidades¹²².

Las acciones atribuidas y determinadas judicialmente a los acusados pueden ser observadas desde ambas perspectivas también.

Para configurar el “delito de omisión imprudente” se hace depender la realización típica en los poderes individuales del sujeto y, para configurar el “delito imprudente de acción” se utiliza el criterio o parámetro de hombre medio para verificar la existencia del deber objetivo de cuidado y así determinar la existencia de la responsabilidad penal. Es decir, pareciera ser que el concepto de imprudencia es distinto para la comisión y para la omisión¹²³.

Esta diferencia es tan solo aparente y puede válidamente sostenerse que, tanto la acción como la omisión en los delitos imprudentes, serían conceptos equivalentes.

En efecto, se dice que cuando la doctrina hace referencia a los delitos que consisten en la infracción de un deber, se refiere a un elemento peculiar o diferenciador del tipo objetivo y no al deber que se deriva de una norma de comportamiento (prohibición, mandato, de cuidado). Ello no impide, sin embargo, que existan, entre los

¹²¹ URS KINDHÄUSER, Bonn. *Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho*, pág. 43.

¹²² Dominio de determinación y dominio de configuración del hecho.

¹²³ VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. *Infracción al deber de cuidado*. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2, 1999, págs. 327.

delitos imprudentes, casos de delitos especiales en que el deber específico está vinculado a la particular posición jurídica del sujeto activo que lo pone en una relación especial de protección frente al bien jurídico¹²⁴.

Además, es sostenido en doctrina que tras toda acción típica imprudente subyace una "omisión" de las medidas que impone la norma de cuidado y esa omisión no es simple pasividad, sino que consiste en la no realización de un hecho jurídicamente debido y, por eso mismo, jurídicamente esperado. Elemento común denominador de la acción y la omisión es el tipo penal y no la causalidad, como lo hacía antes el principio de la actividad previa y también la teoría de la interferencia.

Sin embargo, cuando se formuló el concepto de posición de garante aún no se había desarrollado la teoría de la imputación objetiva¹²⁵, que es la actualmente dominante en doctrina. Para esta teoría, el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado (o típicamente relevante) que se haya concretizado en el resultado típico y que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida, requiere la comprobación de: (a) que la conducta haya creado un riesgo (en el sentido de la equivalencia de las condiciones); (b) que ese riesgo sea jurídicamente desvalorado; (c) ese riesgo se ha plasmado en la realización del resultado típico.

Lo relevante en materia de imputación objetiva es la transgresión del riesgo permitido por el tipo, lo que tiene aplicación en todo ámbito, sea este activo u omisivo, por lo que los deberes de garante y también los deberes de cuidado, al ser subsumidos por esta concepción del riesgo permitido, en parte se han visto superados, no obstante seguirse aplicándose en la casuística jurisprudencial.

¹²⁴ HORVITZ LENNON, María Inés. *Autoría y Participación en el delito imprudente*, pág. 155.

¹²⁵ Aquella que delimita la responsabilidad penal por un resultado cometido en el tipo objetivo. "Un resultado es objetivamente imputable, cuando el autor ha creado un riesgo no permitido, el cual se realiza en el resultado típico en su configuración concreta y se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma".

En las sociedades modernas, prácticamente todos los ámbitos de la vida se encuentran regulados jurídicamente, por lo que no resulta plausible pretender fundar responsabilidad jurídico penal por omisión en base solamente a elementos fácticos y criterios materiales, como por ejemplo la generación de un “momento de peligro” o un “actuar precedente” o toda la casiustica generada a propósito de los delitos omisivos¹²⁶ y que ha motivado su excesiva aplicación.

En relación a esto y respecto a los delitos imprudentes, Roxin¹²⁷ explica que en éstos se puede prescindir de la infracción del deber de cuidado, elemento que para él resulta “erróneo desde el punto de vista de la lógica de la norma”, toda vez que atender a la infracción del deber objetivo de cuidado conduciría a pensar que los delitos imprudentes solo pueden ser cometidos a título de omisión; es decir, en términos de este autor, por ejemplo, al empresario de la construcción, se le debe reprochar no su actuar descuidado, sino los comportamientos peligrosos que ejecuta y que no se encuentran respaldados por las normas de su profesión, ámbito o especialidad, para que de esta manera responda tanto por acción como por omisión.

Las soluciones de imputación, a título de omisión o de acción imprudentes, son ambas complementarias y subsidiarias. La omisiva tendrá sentido cuando no pueda acreditarse la creación directa del riesgo prohibido de los directivos, mediante instrucciones o mediante la organización o gestión general de la empresa. Si este extremo se encuentra suficientemente acreditado, debiera seguirse el camino directo y mucho más sencillo de imputación a título de delito de comisión imprudente o culposa, cuya es la solución implementada por los fallos estudiados, no obstante la solución que en la actualidad ofrece la doctrina preponderante de la imputación objetiva.

¹²⁶ ROJAS A, Luis Emilio. *Delitos de omisión entre libertad y solidaridad*, pág. 726.

¹²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES.

La solución implementada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción y ratificada por la Corte Suprema, en cuanto a juzgar los hechos y las participaciones de los involucrados como simples cuasidelitos, no son más que el resultado de la aplicación pura y simple de los criterios tradicionales y ampliamente reconocidos de imputación de responsabilidad penal cuando varias personas contribuyen imprudentemente a la producción del resultado típico. Que los hechos se desarrollen en medio de la actividad de una empresa sólo altera el contexto, no las soluciones de fondo¹²⁸.

Sin embargo, la mayoría de los casos no responde a este esquema simple. Los criterios tradicionales de imputación a título de acción fracasan, al menos conforme a los criterios dominantes, por ejemplo, cuando se trata de contribuciones culposas del órgano directivo al hacer doloso de un subordinado (por el rechazo a la participación culposa) o, más en general, y aspecto fundamental tratándose de delitos culposos, cuando el funcionamiento deficiente de la empresa no es imputable ni a la organización inicial ni a decisiones específicas de la dirección, sino que a deficiencias o defectos que surgen con posterioridad y de modo más o menos incontrolado¹²⁹, lo que se constató no ocurrió y de esa manera, en la especie.

Para la solución de estos casos, ofrece mejores perspectivas la dogmática de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión¹³⁰, que en materia de delitos

¹²⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa*, pág. 185.

¹²⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa*, pág. 185.

¹³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español*, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, pág. 371.

contra la vida o de lesiones hay consenso en que pueden ser cometidos tanto por acción, como por omisión.

No obstante, el camino de imputación a título de omisión es un camino complementario y subsidiario, que solo tiene sentido cuando no puede acreditarse la creación directa del riesgo prohibido mediante instrucciones o mediante la organización o gestión general de la empresa por parte del órgano en cuestión. Si tales extremos se encuentran suficientemente acreditados debería seguirse el camino directo y mucho más sencillo de imputación a título de delito de comisión imprudente, cuya es la solución implementada por los fallos estudiados¹³¹.

Esto sin perjuicio de la posibilidad de aplicación práctica de la teoría de la imputación objetiva, actualmente dominante y compatible con nuestra legislación, que supera los conflictos y disparidades que en los delitos imprudentes producen los tópicos estudiados.

¹³¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, pág. 186.

BIBLIOGRAFÍA.

Apuntes de clases curso de Magíster en Derecho Penal, con mención en derecho penal (2005-2006).

Artículo Delitos de comisión por omisión. disponible en <https://www.iberley.es/temas/delitos-comision-omision-47881>

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Delitos impropios de omisión, Editorial Temis, 2ª edición, 1983.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/descargas/idpdocs/doctrinas/bacigalupo.pdf>. p. 35.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. El delito culposo. Editorial Jurídica de Chile 1995.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. El Delito de Omisión. En particular, la Comisión por Omisión. Revista de Derecho, N° 9, Universidad Católica del Norte, Campus Guayacán, 2002. pp. 69-80.

CESANO, José Daniel. La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis. Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 119, julio-diciembre de 2009. ISSN:0041-9060.

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro. *La posición de garante del fabricante en el Derecho penal alemán. P_o_l_ít_._c_r_i_m_*. Vol. 12, N° 23 (Julio 2017), Art. 1, pp. 1-55. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A1.pdf]

CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro. La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada. Polít. crim. [online]. 2015, vol.10, n.19 [citado 2019-05-22], pp.266-296. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0718-33992015000100009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000100009>.

CURY, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, 7º edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2005.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. Revista Penal México, núm. 3, enero – junio 2012.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Responsabilidad penal por omisión del empresario. Madrid, lustel, 2009.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*; Revista N° 28 Jul.-Sep. 2009. Disponible en: <https://legal.legis.com.co/document.legis?fn=content&vistaprevia=1&docid=rpenal&ctxid=rpenal7680752a809e404ce0430a010151404c&fnpipelines=DOCHIGHLIGHTER#bf1fe3fa676f70a41e1a595552723847c80nf9>

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal - Parte Especial*, T. III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. ADPCP, VOL. L, enero-diciembre 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. ADPCP, VOL. LIII, 2000.

GÓMEZ TOLEDO, Pablo. El delito de omisión impropia. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. 2009.

GUTIÉRREZ CARRASCO, Pablo. Alcance de la mera imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos del artículo 492 del Código Penal. Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Derecho. 2016.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de Empresa. Seminario internacional los delitos imprudentes en el ámbito empresarial. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 10 – Año 2008. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Polít. crim.*[online]. 2010, vol.5, n.9 [citado 2019-05-31], pp.207-236. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0718-33992010000100005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992010000100005>.

HORVITZ LENNON, María Inés. Autoría y Participación en el delito imprudente. Seminario internacional los delitos imprudentes en el ámbito empresarial. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 10 – Año 2007. Págs. 143-155.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. Comisión por Omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 2, 2006.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid. 1995.

JAKOBS, Günther. La competencia por organización en el delito omisivo, en *Estudios de Derecho Penal*.

JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal*; Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde; T.I; Bosch; Barcelona - España.

LANDAVERDE, Moris. La teoría del dominio del hecho. *Revista Jurídica Digital "Enfoque Jurídico"* el 24 de febrero de 2015. <https://enfoquejuridico.org/2015/02/24/la-teoria-del-dominio-del-hecho/>

MAURACH, Reinhard: *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 1962.

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

MODELL GONZÁLEZ, Juan Luis. El tipo objetivo en los delitos de mera actividad. *Polít. crim.* [online]. 2016, vol.11, n.22 [citado 2019-05-31], pp.368-390. Disponible en: <<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0718-33992016000200002&lng=es&nrm=iso>>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200002>.

MOLINA, Gonzalo Javier. Constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el sistema penal argentino. Encuentro de profesores de Derecho Penal. Tema 2 "Problemática de la omisión impropia". Rosario, Junio de 2011.

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. *Derecho Penal, Teoría del Delito, tomo I.*, Editorial Mcgraw-hill, 1° edición, Santiago, 1998. ISBN 956-278-040-6

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. (investigador principal) IZQUIERDO S., Cristóbal; VIAL R., Paula y VIDAL M., Víctor (investigadores asociados). Principios y penas en el derecho penal chileno. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* ISSN 1695-0194 RECPC 10-r2 (2008)

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis* [online]. 2005, vol.11, n.1 [citado 2019-06-07], pp.221-241. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. La responsabilidad penal en la empresa. Seminario internacional los delitos imprudentes en el ámbito empresarial. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 10 – Año 2008. Págs. 157-173.

OLAVE ALBERTINI, Alejandra. La mal llamada “tentativa del sujeto inidóneo” como delito putativo. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, mención en Ciencias del Derecho. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Postgrado (2008).

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones). Derecho y justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García. Colex, Madrid: 2006.

POLITOFF, Sergio/ MATUS, Jean Pierre/ RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, 2004.

ROJAS A., Luis Emilio. *Delitos de omisión entre libertad y solidaridad. Polít. crim. Vol. 13, Nº 26 (Diciembre 2018) Art. 2, pp. 682-738.* [http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A2.pdf]

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, trad. de la 2.^a ed. Alemana. Thomson, Civitas, Madrid, 1997.

SALAS ASTRAIN, Jaime. El principio de culpabilidad. <http://jaimesalasastrain.blogspot.com/2013/08/el-principio-de-la-culpabilidad.html>

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Año 1995 - Número 1, págs. 187-264.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La omisión. Concepto y sistema. Montevideo. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español, en Criminalidad de empresa y Compliance, Silva Sánchez Dir., Montaner Fernández Coord., Barcelona, 2013.

SOTO, Miguel: La noción de autor en el código penal chileno, Gaceta Jurídica Nº 68, 1986. p. 13.

STRATENWERTH, G. *Derecho Penal*; Traducción de Gladis Romero. Ed. Edersa; Madrid - España; 1982.

TERRAGNI, Marco Antonio. Omisión impropia y posición de garante. Revista Colección Jurídica, Fac. Ciencias Jur. y Soc. Univ. Nac. del Litoral Centro de Publicaciones, Sec. Ext., Univ. Nac. Litoral 1997. Id SAIJ: DACF000106.

URS KINDHÄUSER, Bonn. Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 14 – Año 2011. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. Infracción al deber de cuidado. Revista Chilena de Derecho, vol. 26, N° 2, 1999. págs. 323-336.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, traducción de la 11a. edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 2a. ed. castellana, Santiago, 1976.

FALLOS CITADOS.

Sentencia definitiva, de fecha 10 de diciembre de 2013, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, en autos caratulados "ALEXIS OCTAVIO CARRASCO INOSTROZA C/ FELIPE ANDRÉS PARRA ZANETTI", RIT 251-2012, RUC 1000227267-4.

Sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema, en los autos Rol N° 185-2014, caratulados JUAN IGNACIO ORTIGOZA AMPUERO, RICARDO BAEZA MARTINEZ, FELIPE PARRA ZANETTI. (QTES.: MARCELO OYHARCABAL FRAILE Y OTROS), Recursos de Nulidad.