

## XII. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

CASO ADN NUTRICOMP. I. TITULAR DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO ES EL IMPUTADO, NO EL MINISTERIO PÚBLICO. DERECHOS ASEGURADOS POR LA CONSTITUCIÓN LO SON PARA LAS PERSONAS, NO PARA LOS ÓRGANOS DEL ESTADO. II. PRINCIPIO DE ÚNICA PERSECUCIÓN. PROCEDENCIA DE IMPEDIR RENDIR PRUEBA RESPECTO DE HECHOS Y SUJETOS AMPARADOS POR SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. II. CAUSALIDAD. III. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. IV. CONCEPTO DE ENFERMEDAD GRAVE

### DOCTRINA

*El titular de la garantía del debido proceso es el imputado y no el Ministerio Público, toda vez que el Ministerio Público es un ente estatal y la garantía existe precisamente para evitar abusos de los órganos del Estado. Esto implica que no puede recurrir por infracción de garantías.*

*No hay una vulneración a los requisitos del artículo 342 literales c y d del CPP si el Tribunal ha explicado las razones que lo llevan a la decisión y ellas no están en contradicción con los señalado por los medios de prueba y peritos.*

*La expresión “enfermedad grave” que contiene el artículo 317 del Código Penal es un elemento normativo que requiere interpretación, así como también lo es la frase “grave daño para la salud” que contiene el artículo 315 de ese mismo cuerpo legal. Sin embargo, ambos conceptos corresponden a una ciencia determinada. En el caso en estudio, se planteó que lo sufrido por las víctimas correspondió a hipokalemia, por lo tanto, resultó correcto requerir la información de expertos para poder determinar desde la ciencia médica si tal afección es o no una enfermedad y también si su concurrencia tenía el mérito de provocar grave daño para la salud.*

*Ciertas imposiciones innecesarias hechas al Ministerio Público para acceder a ciertas piezas de la causa, no está acreditado que esto haya implicado que sufriera algún perjuicio.*

*Es lícito que el tribunal no se haga cargo de analizar un medio probatorio más que sucintamente por considerarlo sobreabundante.*

CASO ADN Y LA CAUSALIDAD EN LA  
RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO

JAIME WINTER ETCHEBERRY\*

Las empresas, como protagonistas de nuestra vida social<sup>1</sup>, han traído nuevas complejidades a la dogmática y práctica jurídico-penal. Esto es especialmente cierto en materia de responsabilidad por el producto, siendo tal vez éste el caso más importante en Chile hasta el momento en la materia<sup>2</sup>. Si bien este caso permite analizar distintos temas, aquí sólo se abordará, por su trascendencia en la decisión del Tribunal, el de la causalidad.

No cabe duda que el producto ADN Nutricomp no tenía la cantidad debida de potasio. Tampoco cabe duda de que determinadas personas que consumieron el producto tuvieron episodios de “hipokalemia”<sup>3</sup>. Tampoco cabe duda de que algunas personas que consumieron el producto debieron ser internadas en recintos hospitalarios y que otras murieron. La pregunta es si existe simplemente una correlación o hay un problema de causalidad. En términos simples, la Excma. Corte, como el tribunal de instancia, no considera que exista una relación de causalidad entre la infracción de los imputados –poner en circulación el producto– y la lesión al bien jurídico –en los casos más extremos, la muerte–.

¿Por qué se descarta dicha causalidad? La Excma. Corte, tal como el Tribunal de instancia, no entrega una respuesta general, sino que hace un análisis de cada uno de los casos presentados. De este modo, es difícil en general, determinar si hay un fundamento común o una concepción de la causalidad que sea subyacente.

Tal vez lo único que se puede colegir de los cuatro casos analizados en el Considerando Segundo de la sentencia es que podían existir otras causas probables. En el caso de María Fresia Gallardo, existían otras condiciones previas y, además, presentó hipokalemias posteriormente. En cuanto a Nicol

\* Becario DAAD y estudiante de doctorado de la Justus-Liebig-Universität Gießen.

<sup>1</sup> Crítico al respecto, señala Tombs que las empresas no sólo afectan, sino que *infectan* nuestra vida social. TOMBS, Steve, Corporation and Health and Safety, en Minkes, John y Minkes, Leonard, *Corporate and White-Collar Crime* (Los Angeles-London-New Delhi-Singapore, 2008), p. 18.

<sup>2</sup> Hernández señalaba el año 2006 que no había ningún gran proceso en la materia. Hasta el caso ADN esto no había variado. HERNÁNDEZ, Héctor, El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal), en *Política Criminal* 1 (2006), pp. 1-33, p. 8.

<sup>3</sup> Una baja concentración de potasio en la sangre.

Vera Aranda, consideran suficientes la existencia de “otros factores”. Sorprende la aseveración de que “Si bien sus otras alteraciones no se asocian habitualmente a la hipokalemia, no puede asegurarse en este caso que no hubiera nada que pudiera haber influido en algo”. Sobre Catalina Correa, si bien parecen considerar que no tienen elementos de juicio suficientes, llama la atención que consideren relevante documentos en que se sostiene que la hipokalemia es de causa no precisada. En el caso de Simón Guzmán, también se le da relevancia a que consumía otros alimentos y otros fármacos.

Considerando que en este caso se ha condenado por el delito del inciso 2º del artículo 315 del CP, que tiene como presupuesto la creación de un peligro<sup>4</sup>, la “causalidad general”<sup>5</sup> se da por acreditada.

Entonces el problema ha sido la causalidad concreta. Esto nos lleva a dos problemas propios de este tipo de casos: la causalidad acumulativa y la causalidad sustitutiva o alternativa, dentro de los cuales parecen encuadrarse al menos tres de los cuatro casos analizados.

En el caso de la causalidad acumulativa, la cláusula de la *conditio sine qua non* o equivalencia de las condiciones fracasa –no pudiendo determinarse que existe causalidad–, dado que la conducta desarrollada por el agente se suma a una serie más de condiciones. La desaparición de todas evitaría el resultado, pero la desaparición de una sola posiblemente haría que el resultado se mantuviera. Esto suele suceder, por ejemplo, en el caso de los delitos medioambientales, en que posiblemente la acción de una sola persona que derrama algo en un río no es suficiente para lesionar el bien jurídico, pero lo es cuando se suma a una serie de personas que realizan la misma conducta<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sobre la necesidad de acreditar la causalidad general en los delitos de peligro abstracto, vid. HERNÁNDEZ, Héctor, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

<sup>5</sup> La “causalidad general” es un típico problema en responsabilidad por el producto: Previo a la causalidad concreta, hay que entender que un comportamiento concreto sólo puede ser causal cuando en principio es generalmente adecuado para generar el resultado típico, es decir, cumple con una “ley causal”. ROTSCH, Thomas, *Individuelle Haftung in Großunternehmen* (Baden-Baden, 1998), pp. 90 y 91. Dicha ley causal es muchas veces difícil de determinar en casos de responsabilidad por el producto y se han desarrollado teorías para hacer frente a ello, las que han sido objeto de dudas por parte de la doctrina. Vid., por ejemplo, ROTSCH, Thomas, *op. cit.* pp. 89 y ss. HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* (Heidelberg, 1994), pp. 38 y ss. KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung* (Heidelberg, 1989), pp. 37 y ss. En Chile, HERNÁNDEZ, Héctor, *op. cit. passim*.

<sup>6</sup> Sobre esto, ROTSCH, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

La causalidad substitutiva o alternativa se produce cuando la conducta de un individuo es por sí sola apta para producir la lesión del bien jurídico, pero al mismo tiempo se desarrolla otro hecho que también tiene la misma capacidad (los ejemplos suelen ser de otro delito, pero puede ser un hecho de la naturaleza), sin que se pueda determinar cuál, efectivamente, ha sido la causa de la lesión (por ejemplo, A y B ponen por separado cantidades de veneno mortales en el café de C<sup>7</sup>). Si bien, en principio, al fallar la *conditio* pareciera que primaría la impunidad, es razonable considerar que estamos en caso de, al menos, tentativa acabada.

Este tipo de casos son particularmente comunes en materia de medicamentos, toda vez que el paciente suele arrastrar patologías de bases que también pueden haber sido potencialmente las causantes del resultado lesivo o contribuido al mismo. El peligro es pensar que, entonces, virtualmente en ningún caso de responsabilidad por medicamentos defectuosos se podrá fundar la responsabilidad del fabricante.

Para enfrentar estos casos hay una tendencia a renunciar a la *conditio* formal. En la práctica se señala que más que una condición “necesaria”, lo que se quiere probar es que la conducta se trate de una condición “regular” del resultado<sup>8</sup>. En fin, es casi imposible hoy en día negar que la teoría de la equivalencia de las condiciones requiera correcciones<sup>9</sup>.

Si aplicar algunas correcciones es una vulneración a las categorías dogmáticas tradicionales y conduce a un indeseable exceso punitivo o si simplemente es la modernización del derecho penal para adaptarlo a las necesidades político-criminales actuales, es una discusión todavía pendiente en Chile.

<sup>7</sup> Caso comúnmente citado por la doctrina. Ver., por ejemplo, ROXIN, Claus, *Strafrecht AT*, t. i, 4<sup>a</sup> ed. (München, 2006), pp. 354 y 355. En Chile, POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2<sup>a</sup> ed. (Santiago, 2003), p. 177.

<sup>8</sup> Por ejemplo, ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 352 y ss. Crítico al respecto, PUPPE, Ingeborg, *Die Erfolgzurechnung im Strafrecht* (Baden-Baden, 2006), p. 67.

<sup>9</sup> En Chile, por ejemplo, POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *op. cit.*, pp. 176 y ss.

## TEXTO DEL FALLO (EXTRACTO)

Santiago, veintisiete de diciembre de dos mil doce.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo por sentencia de 24 de agosto de 2012 condenó a EZZIO OLIVIERI DÍAZ y a EGON ARNOLDO HOFFMAN SOTO como autores del delito culposo contemplado en el artículo 315 inciso segundo, en relación con el 317 inciso segundo, ambos del Código Penal, a la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias de suspensión de cargo y oficio público por el tiempo de la condena.

Por esa misma sentencia se condenó a los mismos OLIVIERI DÍAZ, HOFFMAN SOTO y también a ROBERTO JORGE OETIKER LUCHSINGER por la participación de cada uno en calidad de autor en el delito consumado del artículo 315 inciso segundo del Código Penal, a la pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo, multa de 25 unidades tributarias mensuales y accesorias de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

También se sancionó a JUAN CRISTÓBAL COSTA CONTRERAS y a ROBERTO JORGE OETIKER LUCHSINGER por la participación que cada uno tuvo en calidad de autor de los delitos consumados de uso indebido de marca comercial, previsto y sancionado en el artículo 190 del Código Penal y de contrabando propio, previsto y sancionado en el artículo 168 de la Or-

denanza de Aduanas, a la pena única de 818 días de presidio menor en su grado medio, multa de 8 unidades tributarias mensuales y accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Se absolvió a cada uno de los acusados de la imputación de ser autores del delito culposo con resultado de muerte y lesiones, previsto en el artículo 492, en relación con los artículos 490 N° 1 y N° 2, 391 N° 2, 397 N° 1 y 2 y 399, todos del Código Penal.

Se absolvió a Roberto Oetiker Luchsinger y a Juan Costa Contreras de la imputación de ser autores del delito culposo comprendido en el artículo 315 inciso segundo en relación al 317 inciso segundo del mismo texto y a este último, además, del delito contemplado en el artículo 315 inciso segundo del Código Penal, en su carácter doloso.

Se absolvió a Reinaldo Torres Pizarro de todos los cargos atribuidos. Contra la mencionada sentencia, las partes querellantes representadas por los abogados Carlos Quezada y Ciro Colombara, así como el Ministerio Público, dedujeron recursos de nulidad, a los que adhirió el Director Nacional de Aduanas, recursos que fueron admitidos a tramitación por resolución de fs. 341, fijándose audiencia para su conocimiento a fs. 368, la que se desarrolló los días 6 y 7 de diciembre pasados.

Considerando:

RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR EL ABOGADO SR. CARLOS QUEZADA OROZCO EN REPRESENTACIÓN DE ALGUNOS QUERELLANTES.

*Primero:* Que por el recurso presentado por las partes querellantes representadas por el abogado Sr. Carlos Quezada Orozco, se dedujo como causal principal, la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, denunciándose la existencia de infracción al artículo 342 letras c) y d) de ese mismo cuerpo legal.

En relación al 342 letra c), aduce el recurrente que los jueces “incurren en errores que pueden ser llamados como instancias contradictorias una con la otra y que acarrearán una serie de problemas en la lógica de razonamiento de los mismos, vale decir, se trata de consideraciones que se contradicen entre sí y que sólo reafirman la imposibilidad de sostener un discurso lógico y coherente, ya no solo desde la perspectiva procesal penal, sino que desde la dogmática penal...”

María Fresia Gallardo: los jueces tienen por cierto que consumió el alimento defectuoso, pero al evaluar la causalidad, la desechan porque la perito Mary Gálvez dijo en su informe que la relación de la hipokalemia con la ingesta de ADN será potencial, lo que llevó a los jueces a desestimar el resultado. Sin embargo, esa potencialidad se refería a la imposibilidad de la perito para acceder a la información sobre los lotes que consumió la víctima, cuestión que los mismos jueces daban por establecida previamente, de modo que existe análisis desprolijo y poco eficiente que conlleva afirmaciones contradictorias.

Nicol Vera Aranda: los jueces rechazan la causalidad por sobre lo señalado por la perito del Ministerio Público

(Sra. Hodgson) y de la defensa conjunta (Dr. Kliger) que establecieron que la hipokalemia severa era concordante con la falta de ingesta de potasio por consumo de ADN defectuoso, lo que lleva a la querellante a sostener que “los sentenciadores han incurrido en una decisión que se funda en presuntos conocimientos técnicos que no fueron introducidos en el juicio, aumentando con ello la hipótesis de esta parte en torno a que los jueces no buscaron causalidad, buscaban certezas, es decir, su concepción de inicio está totalmente equivocada en relación con lo expuesto como prueba durante el juicio”.

Catalina Correa: se rechaza la causalidad por la existencia de otros factores como alcalosis metabólica e hipofostatemia de causa indeterminada, sin embargo, el documento 154 incorporado al juicio que es un informe nefrológico, indica claramente que la alcalosis y la hipofostatemia son secundarias a la hipokalemia de modo que existe contradicción con sus propios argumentos y, además, ausencia de valoración de prueba que era contraria a la decisión.

Simón Guzmán: los jueces rechazan la causalidad alegada porque la prueba mostraba múltiples factores que podían generar la hipokalemia, indicando que la prueba del vínculo causal era la declaración de la madre de la víctima, lo que no es efectivo, puesto que de ello declaró el perito Valdés del Ministerio Público y se rindió prueba documental. También se aduce que los jueces desechan documental que se basó sólo en información del ISP, “situación que resulta curiosa, dado en cuanto a la valo-

ración de la misma, ya que se contradice con lo que los mismos sentenciadores han asentado en torno a cuáles son los efectos de la hipokalemia“. Aduce también que los jueces tampoco valoraron el documento N° 1 que dice textualmente que la hipokalemia de ese paciente es de origen indeterminado y que no se explica por sus patologías bases, lo que está en concordancia con los medios de prueba señalados, documento que no se valoró por sobreabundante, lo que no es causal para omitir su valoración y conforma un indicio de duda en torno a la forma en que se analizó la prueba porque dado que ese documento no es concordante con sus conclusiones, requería un análisis de ponderación para restarle mérito.

Los 4 casos señalados, lo son según el recurrente a vía ejemplar, para demostrar que la sentencia contiene supuestos contradictorios e hipótesis de valoración sesgadas que contravienen lo preceptuado en el artículo 297 del Código Procesal Penal, desde que una cosa es libre valoración de la prueba, y otra, valorar sólo lo que conviene en torno a una decisión ya tomada.

También se incurre en la misma omisión por los jueces cuando analizan la hipokalemia y concluyen que de acuerdo a las diversas opiniones rendidas en el juicio, no pueden adquirir convicción de que se trate de una enfermedad y desechan tal circunstancia, asumiendo que se trata de una condición, estado, síntoma u otra serie de sinónimos que resultan ilógicos de acuerdo a sus propios razonamientos. Aduce que el concepto debió ser asumido con simpleza

por los jueces, tal como fue planteado y subsumirse así en la norma, puesto que no era objeto de prueba. En consecuencia, constituye un análisis equivocado la pretensión de los jueces de elaborar un concepto de hipokalemia en el fallo, el que estructuran como si se tratara de un manual de medicina, describiendo sus características, para luego concluir que no es una enfermedad, de donde surge la pregunta para los querellantes sobre cuál es el concepto que los jueces tienen de una enfermedad. Arguyen que ello es propio de un sistema inquisitivo, donde el juez tiene la facultad de elaborar conceptos enmarcados en una postura ideológica determinada y desconocida para los intervinientes, pero que en este modelo adversarial no requería de prueba.

Además, explica que la ausencia del modelo conceptual que pretenden seguir los jueces colisiona con una cuestión no menor, cual es que debe explicarse el hecho que un número cercano a las 100 personas presentó esa patología en tiempos simultáneos, en circunstancias que se llegó a activar un brote epidemiológico, al punto que la autoridad sanitaria debió intervenir. Este asunto queda sin respuesta ante el razonamiento de los jueces y que fue justamente lo propuesto desde la perspectiva de la causalidad. En resumen, la pregunta del por qué no es una enfermedad, no fue respondida por los jueces, siendo inexcusable que no asuman una decisión por la existencia de diferentes opiniones vertidas en juicio.

En cuanto a la letra d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, se incu-

re en omisión de razones doctrinales para sustentar el fallo en temas que la misma sentencia señala como basales en sus conclusiones, como son la causalidad y la interpretación de elementos normativos del tipo penal. Si bien existen diversas teorías para explicar el tema de la causalidad, ninguno de sus fundamentos doctrinarios aparece en el fallo (causalidad necesaria, *conditio sine qua non*, imputación objetiva). Sostiene que en el razonamiento duodécimo, los jueces se refieren a la causalidad sometida a su conocimiento, como una causalidad general, lo que es un error, porque conlleva analizar cada caso a la luz de supuestos fácticos y no orgánicos, que son distintos en cada caso, “en el fondo, se trata de una construcción que más que un ejercicio deductivo es un ejercicio acomodaticio a la decisión de condena de los sentenciadores“. El querellante copia algunos argumentos del considerando mencionado que estima carentes de sentido: 1) Los jueces dicen que según los querellantes, el único elemento en común entre las víctimas fue el consumo del alimento ADN, lo que no es cierto, porque se trataba de pacientes con graves patologías de base y que además compartían causas de pérdida de potasio o redistribución celular de ese mineral. El querellante sostiene haber probado que precisamente la hipokalemia es resultado de la falta de potasio, consecuente al consumo de ese alimento defectuoso. 2) Los jueces descartan la afirmación de los querellantes en el sentido que los afectados presentaron hipokalemia entre junio de 2007 y enero de 2008, porque muchos

pacientes la tuvieron antes o después de esas fechas. Sin embargo, la querellante dice que sólo se trata de 2 casos de excepción y ambos de después de enero de 2008, por lo tanto, no se trata de un examen casuístico, sino de una idea preconcebida. 3) Los jueces dicen que según las partes querellantes, una vez sustituido el alimento defectuoso las hipokalemias fueros superadas, lo que ellos no tienen por cierto, porque hubo pacientes que la volvieron a presentar de donde concluyen que pudo tener otro origen. Al respecto, los recurrentes sostienen que de 86 casos, en menos del 5% es posible sostener esa afirmación lo que hace inexplicable que los jueces quieran demostrar todos los casos, como si de no lograrse acreditar toda la acusación, ella fuera imposible. De ello se concluye que los jueces no usaron un modelo de causalidad sino uno probabilístico, más cercano a las ciencias matemáticas que a la causalidad general. A consecuencia de ello, confunden el estándar de duda razonable con la certeza absoluta propia de las ciencias matemáticas, imponiendo una carga ilógica y extraña de ver en un caso como el presente.

*Segundo:* Que analizando esta primera infracción denunciada, en lo que corresponde a la víctima María Fresia Gallardo, la recurrente aduce la existencia de afirmaciones contradictorias basadas en los motivos dados por los jueces para desechar lo sostenido por la perito Mary Gálvez.

Sobre este punto, en la página 244 de la sentencia, se lee que los jueces tuvieron por cierto, con otros elementos probatorios, que la Sra. Gallardo

efectivamente consumió el alimento defectuoso en el periodo abarcado por los hechos de la acusación. También tuvieron por establecido que padeció de hipokalemia, pero donde no lograron convicción, fue en la parte que aquella fuera atribuible al consumo del ADN defectuoso, puesto que existían otras causas probables, como era el uso de diuréticos y la existencia de deshidratación, alcalosis metabólica e hiperaldosteronismo, a lo que se agrega que presentó hipokalemias en otras oportunidades después del cambio de alimentación.

Como se advierte, el descarte que el tribunal hizo de lo aseverado por la perito Marylucy Gálvez, no fue por las razones señaladas por la recurrente, sino que por la existencia de otras hipótesis probables distintas de la hipokalemia que fueron latamente desarrolladas en el fallo y que produjeron una duda razonable en el tribunal, aspecto valorativo que no es susceptible de revisión por la impugnación que se ha levantado.

En relación a la víctima Nicol Vera Aranda, la recurrente aduce que los jueces rechazan la causalidad contra lo señalado tanto por los peritos del Ministerio Público (Sra. Hodgson) como de la defensa conjunta (Dr. Kliger) que establecieron que la hipokalemia severa era concordante con la falta de ingesta de potasio por consumo de ADN defectuoso.

Sin embargo, no es efectivo el fundamento esgrimido por la recurrente en apoyo de este motivo, puesto que tal como se lee en las páginas 332 a 337 de la sentencia impugnada, el tribunal

sostuvo que de la prueba incorporada en el juicio, si bien se aprecia que la menor consumió el alimento defectuoso y padeció de hipokalemia, no era posible atribuirla de manera determinante a la falta de aporte de potasio del alimento y para ello tuvo en especial consideración que existieron otras causas que justificaron la presencia del trastorno, lo que fue aseverado por la doctora María Isabel Hodgson que dijo en forma categórica que en ella había otras pérdidas. Esa experta dijo que “cree que uno de los factores que puede haber incidido en la hipokalemia, es el alimento, pero no puede decir que sea la causa única”, porque uno de los factores es la falta de potasio del alimento, pero hay otros factores porque la niña tenía un cuadro bastante complejo en lo que si bien sus otras alteraciones no se asocian habitualmente a hipokalemia, no puede asegurar en este caso que no hubiera nada que pudiera haber influido algo. En el mismo sentido, los jueces citaron al perito Sr. Kliger quien declaró que aunque el ADN fue su alimento exclusivo y que sería sugestiva la relación con la hipokalemia, las convulsiones que presentaba la niña no tenían relación con ella, tampoco la hipotonía, sobre todo con esos niveles, pues el potasio fue revertido rápidamente, no se objetivaron secuelas y no se vio alterada en nada su evolución posterior.

Como se advierte, no es efectivo que los jueces fallaran contra el acuerdo de los peritos.

Por otra parte, en lo que atañe al análisis de los antecedentes relativos a la afectada Catalina Correa, sostiene la

recurrente que se rechaza la causalidad por la existencia de otros factores como alcalosis metabólica e hipofostatemia de causa indeterminada, a pesar que el documento N° 154 incorporado al juicio indicaba claramente que esos padecimientos eran secundarios a la hipokalemia, por lo que habría contradicción en los argumentos de los jueces y ausencia de valoración de prueba que era contraria a la decisión.

Sobre este punto, falta el desarrollo de la prueba supuestamente omitida; y, en lo que cabe a la resolución contradictoria, de las páginas 337 a 341 del fallo en estudio, se advierte el análisis por el tribunal del documento signado con el N° 154, de cuya transcripción no se lee lo que sostiene el recurrente, sino sólo que la menor fue ingresada el 14 de noviembre de 2007 a las 18:38 hrs. a la Clínica Dávila con diagnóstico, entre otros, de hipokalemia 1.8 (dato entregado verbalmente), más hipofosfemia y alcalosis metabólica severa. En los comentarios, se describen 2 episodios de apnea que impresionaban como secundarias a trastorno hidroelectrolítico y que otras causas de apnea aparecían menos probables. “Alcalosis hipokalémica de etiología no clara, anticonvulsionantes, se sugiere investigar pérdidas”. Más adelante, “Hipokalemia en corrección. Mantiene alcalosis metabólica... Diagnóstico: hipokalemia de causa no precisada”

Este recurrente no acreditó que el citado documento dijera algo contrario a lo que los jueces señalaron en su sentencia y lo que en ella se consignó se compadece con las conclusiones del

tribunal, sin que se aprecie contradicción alguna.

En cuanto al reclamo que se hace sobre el análisis desarrollado por los jueces respecto del menor Simón Guzmán, el recurrente aduce que los jueces sostuvieron que la prueba del vínculo causal era la declaración de la madre de la víctima, lo que no sería efectivo, porque también declaró sobre aquél el perito Valdés y se rindió prueba documental. Sobre esta última, los querellantes discuten su valoración y que se omitió ponderar el documento N° 1 que dice textualmente que la hipokalemia de ese paciente es de origen indeterminado y que no se explica por sus patologías bases, elemento de prueba que no se valoró por sobreabundante, lo que no es causal para omitir valoración.

Como se explica con mayor detención más adelante, nada obsta a que un documento pueda ser desestimado por sobreabundante; sin embargo, en la página 347 del fallo se aprecia que el documento N° 1 se desestimó por ese motivo, atendido el hecho que correspondía a un certificado extendido por la doctora María Inés Brugal Sánchez que prestó declaración en el juicio oral, estimando los jueces a consecuencia de ello, que resultaba bastante su propia declaración. Estos motivos resultan más que suficientes e idóneos para desestimar el citado informe.

En relación a los demás argumentos de la impugnación sobre este menor, tal como se lee desde fs. 345 a 349 del fallo en estudio, los jueces analizaron no sólo los dichos de la madre del niño afectado y del doctor Armando Valdés Herrera,

sino que también una serie de documentos y las versiones de otros expertos y decidieron descartar la relación de causalidad entre el consumo del ADN defectuoso y la hipokalemia que presentó el menor, porque la madre reconoció que no había sido el único alimento que el niño consumió, a lo que se sumó que se le suministraban diversos fármacos por sus patologías bases que también tenían incidencia en ese padecimiento y que aquellas mismas podían haberle generado la fibrilación ventricular que presentó.

Finalmente, en lo que dice relación con los argumentos que vierte este recurrente acerca de que la hipokalemia sería una enfermedad y a los supuestos defectos que presentaría la sentencia por omisión de los requisitos de la letra d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, sin perjuicio de lo que se dice más adelante al respecto, en este caso, no se ha fundamentado correctamente la causal que se esgrime, sino que simplemente se ha evidenciado la disconformidad con la forma en que los jueces razonaron en torno a ese tópico, lo que no es propio de este medio de impugnación.

Sobre la última omisión que se reclama, los querellantes copian en su libelo algunos argumentos del considerando duodécimo que estiman carentes de sentido, sin embargo, se trata de elementos de hecho en circunstancias que se los impugna por la causal absoluta del artículo 374 letra e) del código del ramo, en relación al 342 letra d) del mismo, que se refieren a la omisión de las razones legales o doctrinales que sirven para calificar jurídicamente cada

uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo, de donde se sigue que dicho reclamo carece de sustento, razón suficiente para desecharlo.

*Tercero:* Que en subsidio de la causal principal, estos querellantes esgrimen la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por errónea aplicación de los artículos 3, 4, 14 y 15 de la Ley 18.216, en relación al artículo 74 del Código Penal, en cuanto al condenado Oetiker.

[...]

RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR EL ABOGADO Sr. CIRO COLOMBARA EN REPRESENTACIÓN DE 12 QUERELLANTES.

*Quinto:* Que por el recurso deducido por los querellantes representados por el abogado Sr. Ciro Colombara, se adujo la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, reclamándose la ausencia de una interpretación normativa correcta del elemento típico “enfermedad grave” y la falta de aplicación del artículo 317 inciso 1° del Código Penal.

Explica que el artículo 317 inciso 1° del Código Penal establece un tipo calificado asociado a la hipótesis delictiva base del artículo 315 inciso 2° de ese cuerpo legal, que se configura cuando a consecuencia de la conducta prevista en dicha norma “se produjere la muerte o enfermedad grave de alguna persona”, lo que conlleva aumento de la sanción privativa de libertad hasta en dos grados y también de la multa.

Los jueces no aplicaron el referido aumento porque tuvieron dudas razonables o no adquirieron convicción sobre

el hecho que la hipokalemia sea una enfermedad grave, a pesar de haberse demostrado la generación de aquella en 5 personas a consecuencia del consumo de ADN defectuoso. En la sentencia (pág. 421) los jueces dan por cierto ese hecho, pero no aplican el aumento por tener “dudas relativas a la naturaleza médica de la hipokalemia”, esto es, sobre el carácter típico de “enfermedad grave”.

No se impugna la falta de convicción, sino el error de derecho que significa “la ausencia de una interpretación normativa correcta de la expresión típica enfermedad grave” a consecuencia de la cual no se aplicó el aumento de pena. Ello porque los jueces parecen condicionar el asunto a una cuestión probatoria y fáctica, sujeta a la opinión de expertos, en circunstancias que se trata de una cuestión normativa, de un problema de interpretación de la ley penal que consiste en dilucidar si la hipokalemia es desde un punto de vista normativo una enfermedad grave.

Sostiene que desde la óptica del tenor literal de la expresión “enfermedad” (artículos 19 y 20 del Código Civil), es evidente que la voz en estudio se define por oposición al concepto de salud, por lo tanto, es cualquier alteración, daño o afectación de cierta entidad de la salud de una persona, lo que se ve ratificado por la acepción que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “alteración más o menos grave de la salud”.

Debe descartarse asimismo, que sea una palabra técnica, privativa de alguna ciencia o arte, lo que tampoco aduce el fallo impugnado y aun en el evento

que así se considerase, la discrepancia científica sobre su significado obliga a interpretarla de acuerdo al sentido más consistente con el contexto legal en el que se inserta, lo que conecta con su interpretación teleológica, esto es, de acuerdo al bien jurídico protegido en el tipo penal que la contiene. En este último sentido y conforme al expreso tenor de la norma, aparece necesario entender ese elemento típico —enfermedad como cualquier alteración de cierta relevancia de la salud de una persona.

Si bien el tipo penal del artículo 315 apunta a la salud colectiva, el tipo cualificado del artículo 317, protege la salud individual y la vida de las personas, porque se justifica en el mayor disvalor de injusto que supone la causación de “la muerte o enfermedad grave de alguna persona”. En tal escenario aparece evidente que cualquier afectación de cierta relevancia de dicha salud individual es un resultado amparado por la norma: en otras palabras, dada la protección de la salud individual por el tipo referido, una interpretación teleológica del mismo y de su elemento típico “enfermedad” obliga a considerar como tal (como enfermedad) toda afectación relevante de la salud individual.

Según el querellante, para la doctrina nacional la salud individual “...se refiere al normal funcionamiento, desde el punto de vista fisiológico, de los órganos del cuerpo humano, pero es extensiva también a la salud mental, o sea, al equilibrio de las funciones psíquicas” (Politoff, Matus y Ramírez) o, según la OMS es “un estado de completo bienestar físico, mental y social”.

A continuación, el querellante menciona párrafos de la sentencia donde se tuvo por cierto que la hipokalemia produce una grave afectación de la salud (11°) tanto en el periodo culposo como en el doloso.

También evidencia que fue grave desde que en el fallo se consignó que las cinco víctimas a que se refiere sufrieron hipokalemia severa “y riesgo vital”.

De lo analizado deriva que el error de derecho denunciado y la influencia sustancial en la decisión, deviene en la circunstancia que debió imponerse a los acusados Olivieri, Hoffman y Oetiker una pena superior, de modo que concluye solicitando la declaración de nulidad del fallo y del juicio oral que le antecedió y que se lleve adelante un nuevo juicio.

*Sexto:* Que efectivamente la expresión “enfermedad grave” que contiene el artículo 317 del Código Penal es un elemento normativo que requiere interpretación, así como también lo es la frase “grave daño para la salud” que contiene el artículo 315 de ese mismo cuerpo legal. Sin embargo, ambos conceptos corresponden a una ciencia determinada. En el caso en estudio, se planteó que lo sufrido por las víctimas correspondió a hipokalemia, por lo tanto, resultó correcto requerir la información de expertos para poder determinar desde la ciencia médica si tal afección es o no una enfermedad y también si su concurrencia tenía el mérito de provocar grave daño para la salud, sobre todo en el escenario que se produjo que, tal como se ha explicado por los mismos recurrentes, afectó a

un grupo de personas que no podían definirse como sanas, sino que presentaban patologías que hacían necesarios tratamientos determinados y alimentación especial.

En estas condiciones, el tribunal recibió diferentes conclusiones médicas, a las que se ha referido el mismo recurrente, al punto que los peritos María Hodgson y Oscar Paris afirmaron que se trataba de una enfermedad, en tanto los expertos Simón Schwartz y Gustavo Kliger sostuvieron que no lo era, sino que sólo correspondía a un signo.

De tales expresiones los jueces concluyeron que carecían de las herramientas necesarias para eliminar toda duda sobre la naturaleza médica de la hipokalemia (pág. 433 de la sentencia), no sólo por el empate verificado entre los expertos, sino que también, porque los acusadores invocaron una definición de la Organización Mundial de la Salud que, sin embargo, no se incorporó en el proceso y, además, porque aquella definición estaba construida dentro de un concepto muy amplio de salud.

De lo manifestado aparece que los jueces del fondo se hicieron cargo de la controversia y reconocieron las limitaciones que tuvieron para poder despejar una cuestión efectivamente probatoria, expresando razones satisfactorias para ello, de donde se sigue que no existe la infracción de derecho que se reclama.

*Séptimo:* Que también al asilo de la causal de infracción de ley, los querellantes denuncian que se hizo una estimación errónea del delito como continuado, dejándose de aplicar el artículo 351 del Código Procesal Penal. Ello ocurrió porque

el Tribunal consideró que las conductas desplegadas por los acusados en el periodo denominado doloso, constituyen una unidad jurídica de acción de acuerdo a la hipótesis que regla el artículo 315 inciso 2° del Código Penal.

En el motivo decimocuarto, los jueces consideran que los requisitos de unidad de autor, identidad del tipo penal realizado en diversas ocasiones y que tales tengan lugar en un lapso prolongado de tiempo se encuentran establecidos con la sola lectura de los hechos que se han tenido por comprobados, hechos con los que coincide el recurrente. Sin embargo, en cuanto a la última exigencia, de unidad de propósito del agente, estima que se incurre en error de derecho al darla por establecida, desde que en realidad, se trata de un concurso real y, por lo tanto, debe ser sancionado como reiteración delictiva.

Los jueces adoptaron la teoría de la “unidad de propósito” sin siquiera explicar por qué, lo que resulta del todo cuestionable si se tiene presente que el delito continuado no tiene consagración expresa en el derecho penal chileno y que la jurisprudencia mayoritaria se inclina por la teoría del “fraccionamiento necesario” formulada por el profesor Cury y seguida actualmente por la Sala Penal (cita roles 1494 2007, 3065 2010) y que exige, esencialmente, que en la representación del autor, el fraccionamiento de su comportamiento en diferentes actos sea necesario o indispensable para asegurar la consumación del delito previamente planificado.

Los jueces del tribunal oral establecen este requisito a fs. 424 donde

sostienen que “...siendo el objetivo final de los acusados la permanencia del alimento en el mercado con el menor impacto posible para la fabricación, venta y distribución acaecida a partir de fines de noviembre de 2007 no era sino la concreta manifestación de esa planificación, lo que necesariamente importaba la continuidad de las acciones que se pretenden reiteradas”.

Los jueces concluyen que es un delito continuado, porque los imputados sostuvieron una reunión donde planean adicionar potasio al alimento y mantenerlo en el mercado, de modo que es delito continuado por la planificación asociada al objetivo de mantener el alimento defectuoso en el mercado.

Esa explicación no es satisfactoria, porque no explica en forma precisa y determinada todas y cada una de las acciones típicas que se suceden en el tiempo. Sobre este punto, describe que según el fallo rol N° 1494 2007 de esta Corte Suprema, el delito continuado supone como 4° requisito, que sea verosímil que los acusados hayan previsto de modo preciso y determinado realizar durante cierto tiempo un determinado número de conductas ilícitas. En ese fallo se dijo: “No se aprecia una vulneración, necesariamente dividida, de una misma norma, conforme a la representación del agente único, sobre la necesidad de fraccionar su comportamiento para así asegurar su consumación...” El delito en estudio se consuma con la sola ejecución de la conducta típica de donde resulta forzoso concluir que la violación de la norma ocurre instantáneamente.

El error cometido tiene influencia en la decisión, porque debió aplicarse una pena superior al menos en un grado a la efectivamente aplicada, razones por las que solicita que se anulen el fallo y el juicio y se realice un nuevo juicio.

*Octavo:* Que el hecho que se tuvo por establecido en relación a los artículos 315 y 317 inciso segundo, se lee en el motivo decimoquinto de la sentencia que dice: “A partir del año 2006, la empresa B. Braun Medical S.A., ubicada en Puerta Sur N° 03351 de la comuna de San Bernardo, inició en Chile la fabricación de un alimento para regímenes especiales denominado Nutricomp ADN (Alimento Dietético Nutricional) en diversas presentaciones, tales como, ADN pediátrico, estándar, fibra, diabético y HN hiperproteico. Sus destinatarios eran principalmente pacientes con deficiencia nutricional o enfermedades crónicas, quienes los consumían en forma exclusiva o complementaria.

Para la fabricación del producto se requería una mezcla de minerales denominada “Premix de Minerales” que era suministrada por la empresa GRANO-TEC. No obstante ello, a principios del año 2007, B. Braun Medical S.A. adoptó la decisión de cambiar al proveedor de esta premezcla, contratando al efecto a la empresa brasileña Fortitech.

El 18 de abril de 2007, el acusado Ezzio Aurelio Olivieri Díaz, jefe de control de calidad de la planta, sin adoptar las medidas de resguardo ni de control necesarias en relación con la naturaleza del producto elaborado, solicitó a Fortitech el mencionado premix. En dicho

requerimiento especificó, entre otros minerales, cloruro de potasio al 1%, en circunstancias que la formulación correcta utilizada por laboratorios B. Braun Medical S.A. contenía cloruro de potasio al 100%.

Durante el mes de mayo de 2007, Ezzio Olivieri Díaz y Egon Hoffmann Soto, en sus calidades de jefe de control de calidad y jefe de producción de la empresa B. Braun Medical S.A., respectivamente, comenzaron la fabricación de diversas unidades del alimento con un contenido de potasio muy inferior al declarado en su rotulación, sin que hubieren adoptado las medidas de resguardo necesarias en relación con la composición final del mismo.

Es así como, entre otros, el lote número 100907 A de ADN pediátrico decía proveer alrededor de 600 miligramos por cada 100 gramos de producto, en circunstancias que sólo contenía entre 10,4 y 13 miligramos del mineral. El lote de ADN estándar 130907 A, rotulaba aproximadamente 600 miligramos de potasio por cada 100 gramos de producto, en tanto que sólo contenía 13 miligramos por cada 100 gramos de producto. Del mismo modo y no obstante rotular, según la variedad, entre 595,4 y 600 miligramos de potasio por cada 100 gramos de producto, el lote 211107 A de ADN pediátrico, elaborado el 21 de noviembre de 2007, contenía sólo 302 miligramos de potasio por cada 100 gramos de producto, y el lote 301107 A de ADN estándar, elaborado el 30 de noviembre de 2007, contenía 376 miligramos de potasio por cada 100 gramos de producto.

Los lotes defectuosos se vendieron, en nuestro país, a hospitales, clínicas, farmacias y otros clientes a partir de junio de 2007, y en el extranjero, a lo menos, desde agosto del mismo año. Con ello, se introdujo en el mercado un alimento peligroso para la salud de la población.

Hacia fines del mes de noviembre de 2007 y mediante un análisis documental de la composición del alimento, Ezzio Olivieri Díaz y Egon Hoffmann Soto tomaron conocimiento del defecto en la solicitud de la premezcla de minerales y lo comunicaron al gerente general y miembro del directorio de la empresa, Roberto Oeticker Luchsinger, como asimismo, al product manager, Reinaldo Torres Pizarro. A su vez, éste último informó a Juan Costa Contreras, quien a la fecha detentaba el cargo de gerente de exportaciones y también miembro del directorio de B. Braun Medical S.A.

A pesar de dicho conocimiento, Roberto Oeticker Luchsinger mantuvo la decisión de no retirar el alimento defectuoso del mercado y de no informar a hospitales, a farmacias, a clientes ni a la autoridad sanitaria, y continuó comercializando, a sabiendas, tanto en Chile como en el extranjero, un alimento peligroso para la salud de la población al no contar con las propiedades nutricionales que decía tener. Asimismo, los acusados Olivieri y Hoffmann continuaron fabricando alimento con el premix de minerales defectuoso.

En la misma época, esto es, hacia fines del mes de noviembre del año 2007, Roberto Oeticker adoptó la determinación de introducir potasio adicional a las

producciones en proceso, iniciándose así la producción de partidas del alimento ADN que, siendo elaboradas con la premezcla de minerales deficiente, recibieron cloruro de potasio en forma extraordinaria.

El día 03 de diciembre de 2007 se recibieron en B. Braun Medical S.A. los resultados de los exámenes solicitados al Laboratorio Analab, los que informaban que, entre otros, el contenido de potasio de la fórmula ADN estándar correspondiente al lote 141107 A, elaborada el 14 de noviembre de 2007, contenía sólo 19,4 miligramos del mineral por cada 100 gramos de producto. A pesar de ello, Roberto Oeticker Luchsinger sostuvo las decisiones ya adoptadas a propósito del conocimiento que tenía del problema presentado por el producto.

La fabricación y comercialización del alimento ADN sólo se paralizó los días 11 y 18 de enero de 2008, cuando la Secretaría Regional Ministerial de Salud Metropolitana, en uso de sus facultades, prohibió la elaboración y distribución de la línea Nutricomp ADN, ordenando el retiro de la totalidad del producto.

Las siguientes personas consumieron alimento Nutricomp ADN defectuoso<sup>10</sup>:

[...]

Con ocasión del consumo de ADN defectuoso, resultaron afectados con hipokalemia severa y riesgo vital y —por lo mismo con daño para su salud:

---

<sup>10</sup> Nota del Editor: Omitida lista de 82 personas.

En el periodo comprendido entre Julio y el 15 de noviembre de 2007, Valentina Alejandra Seguel Almonacid, Catalina Esperanza Correa Escobar, Sofia Andrea Espinoza Gallardo y Raquel Eskenazi Rodrich, y en el período comprendido entre el 16 de noviembre de 2007 hasta el año 2008, Josefa Antonia Isidora Herrera Toledo, Inés de Praga Peñafiel Varas, Mariana de Jesús Díaz Zamudio, José Pablo Ruidíaz Villarino y Maximiliano Andrés Acevedo Fonseca”.

*Noveno:* Que la causal de invalidación de la sentencia que contempla el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, exige para su acogida no sólo que se verifique una errónea aplicación del derecho, sino que además, que aquella haya tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

En el caso, no resulta preciso analizar si lo correcto era distinguir la existencia de una unidad de propósito o de las teorías que esgrime el recurrente sobre el fraccionamiento necesario, puesto que de la sola lectura del hecho que se ha tenido por establecido se advierte que los jueces sólo discriminaron en la existencia de dos etapas en el desarrollo del delito, una en que se atribuyó actuar negligente a los inculpados y otra, en que se describe un proceder doloso, lo que implicó doble condena a los acusados. Sin embargo, aparte de tal distinción, en el presupuesto fáctico no existe descripción de hechos susceptibles de ser calificados como reiterados, puesto que sólo se definieron dos procesos y una serie de personas que resultaron afectados en ellos.

La falta de descripción de delitos reiterados impide al tribunal sancionar de esa forma, de modo que carece de toda trascendencia la discusión promovida ya que ninguna influencia podrá tener en lo dispositivo del fallo, lo que resulta suficiente para desechar la causal de nulidad.

*Décimo:* Que también los querellantes denuncian errónea aplicación del derecho, porque se omitió aplicar la figura del cuasidelito de lesiones del artículo 492 del Código Penal.

Esta infracción se cometió, a juicio de los recurrentes, porque los sentenciadores tuvieron por cierto que 4 personas resultaron afectadas con hipokalemia severa y riesgo vital y, por lo mismo, con daño para su salud y, sin embargo, absolvieron a los acusados del cuasidelito de lesiones por razones normativas aparentemente, ya que la sentencia no lo dice, porque luego de argumentar que el cuasidelito del artículo 317 inciso 2º es un delito de mera actividad, arguyen que no sería posible aplicar una segunda condena sobre una misma conducta porque de otra manera se estaría infringiendo el principio del non bis in idem. Dijeron los jueces “En el fondo, lo que con esta pretensión se persigue es sancionar la causación de un resultado como un ilícito independiente de la conducta que lo origina, confundiendo el verdadero fundamento de la punibilidad culposa. Esta forma de entender el asunto prescinde del hecho que en los delitos imprudentes lo que se castiga no es la generación de una determinada consecuencia dañosa, sino la conducta negligente del sujeto”.

Aduce el recurrente que, al parecer en el fallo se discierne la existencia de un concurso aparente de delitos que se resolvería a favor del tipo señalado en el artículo 317 inciso 2° del Código Penal, pero ello es incorrecto desde el punto de vista normativo, porque se trata de un concurso real; ya que ningún delito es especial respecto del otro (uno es de mera actividad y el otro es de resultado); tampoco hay entre ambos una relación de consunción ya que ambos tutelan bienes jurídicos diferentes y la pena asignada a ellos es la misma; y, por último, tampoco hay entre ellos una relación de subsidiariedad ya que no hay regla que así lo sugiera. En consecuencia, entre ambos delitos existe concurso real que debe ser sancionado conforme al artículo 74 del Código Penal.

El error ha tenido influencia porque debió condenarse a los acusados por ambos delitos, por lo que se solicita la declaración de nulidad del fallo y del juicio y la práctica de un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado.

*Undécimo:* Que en el número VII del considerando décimo cuarto del fallo en estudio, bajo el título “Delito culposo artículos 490 y otros del Código Penal”, páginas 435 a 438, los jueces del tribunal de juicio oral analizaron el asunto que se plantea en este motivo.

Allí estudiaron previamente si el legislador exigía un resultado determinado para aplicar la sanción del artículo 315 en relación al 317, ambos del Código Penal, y luego de examinar la historia del precepto, concluyeron que ello no era así, sino que ambas normas penalizan delitos que entrañan peligro

colectivo o común y que afectan la salud de las personas en general, sin atender a si algún bien jurídico individual ha sido concretamente lesionado por la acción delictiva. Acto seguido concluyeron que de verificarse consecuencias dañosas, tal resultado no era equiparable con el verificado en la ejecución dolosa de la conducta, porque aquello impondría un atentado al principio de legalidad, ya que la mayor penalidad que contempla el artículo 317 inciso primero del Código Penal, sólo está referida a “los cuatro artículos precedentes” y no a la modalidad culposa que se contempla a continuación, en el inciso segundo de ese precepto.

A diferencia de los querellantes, que parecen ver en esa consecuencia dañosa la concurrencia de otro delito diferente, los jueces del caso consideraron que ello no era así y lo dijeron expresamente en su sentencia, explicando que sustentar otra condena sobre la misma acción supone un atentado contra el principio del non bis in ídem, puesto que en el fondo, se persigue por los querellantes sancionar la causación de un resultado como un ilícito independiente de la conducta que lo origina, confundiendo con ello el verdadero fundamento de la punibilidad culposa, donde se castiga la conducta negligente del sujeto y no la generación de determinada consecuencia.

Ese razonamiento lo concluyeron los jueces del fondo, señalando que la concurrencia de una pluralidad de resultados sí tiene consecuencia jurídica, pero no en la concurrencia de otro ilícito penal distinto, sino en la calificación de la mayor o menor extensión del mal cau-

sado al tenor del artículo 69 del Código Penal, que permite graduar la pena a imponer.

Sobre este asunto es preciso agregar que en el caso no se ha verificado un concurso real de delitos como pretenden los querellantes, sino uno aparente que fue correctamente resuelto por los jueces.

Asimismo, no es sostenible la tesis de la querellante por cuanto ella conduce a que una misma conducta sea sancionable por un solo tipo penal indistintamente de si produce un efecto o no, cuando el ánimo del agente ha sido doloso, y que por el contrario, configure dos tipos penales diferentes, cuando el autor sólo ha sido negligente.

A lo anterior cabe agregar que el tipo del artículo 492 del Código Penal, se remite a las penas del artículo 490 de ese mismo código, que a su vez, discrimina para la aplicación de la sanción si el hecho importaría crimen o simple delito. Para tales efectos, la querellante recurrente esgrimió en su acusación un hecho que calificó en torno a los artículos 490 N° 1, en relación a los artículos 397 N° 1 y 399 del mismo cuerpo normativo. Sin embargo, ni en la descripción del hecho que se tuvo por cierto, como tampoco en aquella por la que el mismo querellante acusó y está copiada en el motivo tercero de la sentencia, no hay descripción de las particularidades necesarias para la calificación que ahora pretende, desde que sólo se sostuvo que determinadas personas resultaron afectadas con hipokalemia severa y riesgo vital y por lo mismo, con daño para su salud, pero no se ha tenido por cierto ni se ha levantado acusación en

cuanto a que aquellas personas sufrieran lesiones que las dejaran dementes, inútiles para el trabajo, impotentes, impedidos de algún miembro importante o notablemente deformes, ni tampoco se estableció cuáles serían los lapsos de incapacidad de las víctimas, de donde se sigue como consecuencia necesaria, que falta un extremo de la imputación que es precisa para la calificación que se pretende y que no ha sido objeto de la acusación ni del recurso, por lo que éste último adolece también de falta de fundamentación suficiente.

*Duodécimo:* Que en forma conjunta con la causal de infracción de derecho, los querellantes que representa el abogado Sr. Ciro Colombara han denunciado la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al 342 letra c) y 297 de ese mismo código, porque la fundamentación que contiene la sentencia de determinados hechos acreditados, es contradictoria con las conclusiones a que arriba respecto de esos mismos hechos, lo que no permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar tales conclusiones.

La contradicción denunciada ocurre respecto de la producción de hipokalemia severa a las víctimas Catalina Correa Escobar y Sofía Espinoza Gallardo que se atribuye a los imputados Ezzio Olivieri y Egon Hoffman, toda vez que aunque la constata y los sanciona por ello en lo resolutivo, en la fundamentación de la prueba asociada a la comprobación de esa circunstancia, no tuvieron los jueces por probada la hipokalemia severa atribuible al consumo de ADN defectuoso.

Sobre Catalina Correa, en el motivo décimo tercero, a fs. 331 y 332, los jueces sostienen "...pruebas todas que al no tener la hipokalemia una causa precisa, ciertamente conducen a estos jueces a cuestionamientos que impiden adquirir convicción más allá de toda duda razonable, en orden a que el alimento ADN fue el único que provocó tales condiciones en esta menor...".

En relación a Sofia Espinoza, en el motivo decimotercero, a fs. 350, se explica "...se ha generado en estos jueces una duda razonable sobre los reales motivos de la hipokalemia de la víctima...".

Sin embargo, en el hecho establecido consta lo contrario, por lo que se pide la declaración de nulidad del fallo y del juicio y nuevo juicio.

*Decimotercero:* Que esta causal será descartada de inmediato por carecer el querellante de legitimación para impugnar esta sección del fallo, en cuanto ha significado la condena de los acusados y, en consecuencia, ha obtenido aquel querellante su pretensión punitiva, de donde se sigue que los únicos afectados por este cuestionamiento han sido los mismos imputados quienes, sin embargo, se conformaron con el fallo.

**RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR EL MINISTERIO PÚBLICO:**

*Decimocuarto:* Que la representante del Ministerio Público ha esgrimido como causal principal de su libelo, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, la que se ha hecho consistir en la infracción al debido proceso en relación a la igualdad de partes.

Explica que en la audiencia de preparación del juicio oral (que se realizó entre el 22 de noviembre de 2010 y el 26 de enero de 2011), las defensas de los 5 imputados ofrecieron y dejaron a disposición del tribunal: 75 informes periciales, con una extensión superior a las 880 páginas, fundamentalmente en relación a las fichas médicas de las víctimas y prueba documental que incluyó 407 documentos, con más de 350 correos electrónicos.

La recurrente solicitó que se le entregaran copias de tales antecedentes, requerimiento al que se sumaron los querellantes y se opuso la defensa. El Juez de Garantía lo rechazó, sin perjuicio de la posibilidad de darle un receso en su momento para que los revisara, antes de pedir las exclusiones del caso.

Después, cuando ya se hacía el análisis de la prueba de las defensas, el fiscal pidió copias a su costa. A ello adhirieron los querellantes y se opuso la defensa. Esta vez, el Juez de Garantía lo rechazó, porque la ley sólo contempla la obligación del Ministerio Público de otorgar copias, pero les señaló tiempo para que pudieran revisar la prueba, previo al debate sobre exclusión. Al efecto, el juez fijó un plazo de 10 días para esa revisión, que luego se aumentó en 5 días más, la que debía hacerse en el tribunal y con prohibición de sacar copias.

Toda esta restricción conformó en opinión del recurrente, "un severo impedimento al acceso y disponibilidad de dichos medios para los demás intervinientes, instaurando a favor de aquella una especie de reserva sobre sus pruebas que no tiene espacio en

un proceso llevado a las instancias de preparación del juicio y del juicio oral, provocando una grave afectación de derechos que asisten incuestionablemente a todos los demás interesados en el juicio“. Ello, por cuanto la revisión de las pruebas en la forma que se decretó, significó una desventaja para esa parte, sustentada en una reserva que no tiene ningún apoyo legal.

Más tarde, durante el juicio oral —que se extendió entre el 7 de noviembre de 2011 y el 1° de julio de 2012 con el objeto de ejercer las facultades establecidas en los artículos 318, 329 y 330 del Código Procesal Penal, se solicitó a ese tribunal franquear a los acusadores el acceso a las pericias de la defensa, lo que fue rechazado por la mayoría de ese tribunal, el que mantuvo el estatuto reservado impuesto desde la etapa anterior a tales informes.

En marzo, cuando se terminó de rendir la prueba de los acusadores, el Ministerio Público pidió al Tribunal Oral zanjar la forma en que se harían efectivos los derechos que le conferían los artículos 330 y 332 del Código Procesal Penal y los jueces decidieron que se podrían consultar los informes antes de la declaración de cada experto (para lo que se fijó un tiempo) y que ellos sólo serían entregados a los acusadores después que el perito hubiese terminado su declaración y también el examen directo de quien lo interrogaba. Esto es, cuando correspondía iniciar el contra examen, de modo que éste se hizo en condiciones muy diversas a las que tuvo la defensa.

Las infracciones anotadas han sido trascendentes porque la prueba pericial

resultó de toda importancia para la resolución del asunto. Termina su libelo la Sra. Fiscal Regional, solicitando la declaración de nulidad de la sentencia y del juicio oral y que se remitan los antecedentes a tribunal no inhabilitado para nuevo juicio.

[...]

*Decimosexto:* Que antes de revisar la denuncia que se hace por la representante del Ministerio Público, es preciso consignar que como ya fue resuelto con anterioridad por este tribunal en el proceso rol N° 5654 12, el persecutor no se encuentra legitimado para esgrimir la causal de infracción de derechos y garantías reconocidas en la Constitución Política y en tratados internacionales vigentes<sup>11</sup>.

[...]

*Decimoséptimo:* Que, sin perjuicio de lo ya manifestado, que resulta suficiente para rechazar la causal principal esgrimida por la Sra. Fiscal, es del caso que aún puede agregarse que las infracciones reclamadas no aparecen revestidas de la trascendencia suficiente puesto que no se evidencia que efectivamente se haya producido perjuicio concreto con las actuaciones de los jueces involucrados.

---

<sup>11</sup> Nota del Editor: La causa a la que se hace referencia es la SCS de 10 de octubre de 2012, Rol N° 5654-2012 en el llamado “Caso Bombas”, publicada en este mismo número de la *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*. Los razonamientos que se omiten a continuación corresponden exactamente a los del considerando Décimo de dicha sentencia.

En efecto, si bien es cierto que la forma en que se impuso al Ministerio Público la revisión de los documentos acompañados por la defensa aparece excesiva y hasta desproporcionada, considerando la facilidad de medios tecnológicos que habrían permitido a los fiscales a cargo obtener las copias que requerían sin ningún menoscabo para la defensa ni embarazos para el tribunal, lo cierto es que el tiempo que se franqueó a ese interviniente para su revisión resulta suficiente y de la misma prueba producida por la Sra. Fiscal para la demostración de la preparación de ésta causal así como de la producida para la subsidiaria, se advierte que quien intervino en la audiencia en los interrogatorios a los peritos manejaba la información suficiente e idónea para confrontarlos.

A consecuencia de lo señalado, este motivo no puede prosperar.

*Decimotavo:* Que en subsidio de la causal principal, el Ministerio Público invocó la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al 342 letra c) de ese mismo código.

Tal infracción se hizo consistir en diferentes situaciones, cuales son:

1° Los jueces omitieron valorar toda la prueba rendida durante el juicio oral, ya que algunos medios de prueba fueron completamente omitidos y otros, fueron transcritos, sin ser valorados. Aun cuando se sostiene que las omisiones son numerosas, se dice en el recurso que sólo se abordan las que se consideran de mayor trascendencia: Al respecto, se explica que en el motivo decimonoveno los jueces señalan la prueba desestimada

enumerándola, pero con ello no satisfacen la exigencia legal, puesto que de modo genérico la han descartado por “sobreabundante”, sin siquiera explicitar cuál es el contenido del elemento probatorio. Es el juez de garantía el que puede excluir por tal motivo sin más, de acuerdo a lo dicho en el artículo 276 del Código Procesal Penal.

2° Luego, se aduce que en el razonamiento decimotercero, al referirse los jueces a la víctima Maximiliano Trey, tienen por establecido –fuera de toda duda que consumió el alimento defectuoso, pero agregan que no tienen antecedentes de que no haya consumido en el mismo periodo, producto no defectuoso. Sin embargo, en el mismo considerando, pero respecto de otras víctimas, los jueces afirman que todos los lotes del producto elaborado en ese periodo de tiempo estaban faltos de potasio, afirmación que de aplicarse a Maximiliano Trey habría llevado a una resolución distinta de su caso, sin que se advierta el motivo por el cual el tribunal considera que esa víctima pudo consumir producto no defectuoso. En consecuencia, o se valoró un medio probatorio desconocido, o bien, es una afirmación contraria a la lógica. Sobre este mismo menor, la defensa adujo que la muerte de aquél pudo deberse a un parche de góretex que pudo obstruir su intestino. Sin embargo el perito dijo no recordar haber encontrado un parche en el cuerpo del menor. En consecuencia, la sentencia no se basta a sí misma.

3° En el mismo considerando décimo tercero, al referirse el tribunal a las víctimas Fernanda Torres y Luis

Lecaros, se dice que “a esto se suma la pericia de la defensa, que aborda las mismas interrogantes que han tenido estos jueces, estableciendo una tesis alternativa que es igualmente lógica...”, pero no dicen qué medio de prueba (cuál pericia) ni cuál teoría alternativa sería la propuesta, lo que impide comprender su razonamiento.

4° También en el considerando decimotercero, al referirse a la víctima Mauricio Troncoso, se enumeran documentos y al testigo José Mauricio Troncoso Korn, pero no se valora éste último, sino que al testigo Jorge Manríquez, quien no tiene relación con este caso.

5° Se reclama que en el mismo motivo decimotercero, al revisar el caso de la víctima Nicol Vera, se copia lo dicho por el médico Pablo Bertrand, pero no se le da valor alguno, sino que sólo se construye un argumento a partir de lo aseverado por los peritos de la defensa, que no examinaron a la niña.

El mismo reproche se replica respecto de la víctima Tania Villalobos, puesto que la sentencia consignó lo declarado por su médico tratante Carolina Campos, pero se omitió valorar lo dicho por ella, lo que conllevó que los jueces concluyeran que los médicos y nutricionistas no tomaron los resguardos debidos con la menor, aun cuando la médica citada dijo que se había cambiado el alimento.

6° Alega también el Ministerio Público, que de acuerdo al audio producido, en el juicio declaró el testigo Mauricio Jarufe, médico jefe del Servicio de Pediatría de la Clínica Los Coihues, quien se refirió a tres víctimas, omitiéndose en

la sentencia toda referencia a la víctima Oliver Galdames.

7° Finalmente, se aduce por el Ministerio Público, que en el considerando undécimo, cuando se discurre sobre qué es la hipokalemia y cómo se produce, los jueces pueden inclinarse sobre una teoría u otra que se postule en el juicio, pero sólo después de ponderar las pruebas rendidas, lo que no se hace cuando se adopta una decisión cuyo fundamento es la existencia de diversas opiniones, como se hizo en este punto. Aquí sólo transcriben lo dicho por los peritos y aunque dos de ellos dijeron que era una enfermedad, no señalaron los jueces por qué su opinión no les resultó creíble.

[...]

*Vigésimo:* Que en relación a la primera denuncia que se hace, será rechazada, puesto que de la sola lectura del motivo decimonoveno del fallo impugnado, aparece que los jueces describieron cada prueba a la que se refirieron, aunque lo hicieron sucintamente y luego declararon que la desestimaban por sobreabundante.

Esa última calificación no es privativa de los jueces de garantía, quienes realizan el primer filtro de la prueba y pueden advertir si ya se han ofrecido otras pruebas que tiendan al mismo objetivo. Sin embargo, los jueces del tribunal oral están en inmejorable situación para definir, después de percibida la prueba, si en realidad han recibido material excesivo para la acreditación de un mismo extremo de la imputación o de aquello que resultaba relevante a la defensa. En consecuencia, no se puede

afirmar que desestimar una prueba por tal circunstancia no pueda ser utilizado por el tribunal de juicio oral.

En lo que atañe al reclamo que se hace en la ponderación de elementos sobre el consumo de alimento defectuoso por el menor Maximiliano Trey, no hay en la fundamentación de la causal una real denuncia de infracción a las reglas de la lógica, sino que tan solo una discordia con las conclusiones de los jueces. Como se lee en el razonamiento citado, en las páginas 186 a 190 del fallo en estudio, los jueces tuvieron por cierto que la hipokalemia tuvo incidencia en el resultado fatal, pero la duda para ellos se suscitó en relación a si la hipokalemia fue producto del ADN deficiente, cuestionamiento que surgió debido a que el niño fue dado de alta el 18 de diciembre de 2007 y la hipokalemia se detectó 23 días después, preguntándose entonces los jueces ¿qué ocurrió entre una y otra fecha? Al respecto, dijeron ellos que de la prueba rendida aparecían tres posibles causas que de manera satisfactoria, conjunta o separadamente podían explicar el trastorno: una falta de aporte del mineral por déficit de alimento, una obstrucción intestinal y una intoxicación digitalica. En la primera alternativa y sólo entre paréntesis, el tribunal sostuvo que no era una circunstancia del todo acreditada que el menor sólo hubiera recibido alimento carente de potasio, lo que incluso está explicado a pie de página: “Lo que hemos sostenido es que se logró probar que Maximiliano Trey Acevedo consumió ADN defectuoso durante el período de los hechos de la

acusación. Sin embargo, no se ha contado con antecedentes que nos hagan concluir que todo el ADN que le fue suministrado hubiera participado de ese carácter”.

Como se advierte, se trata de una prevención que no se afirmó efectivamente, porque los jueces dicen entre paréntesis, “circunstancia no del todo acreditada”, pero afirman lo que puede ser más probable: que el único alimento que recibió el paciente carecía de potasio, para luego razonar que existiendo otras razones que pudieron conducir a la hipokalemia, no era posible tener por establecida la causalidad.

En consecuencia, el argumento que se esgrime para sostener esta impugnación no es suficiente.

En relación al tercer reproche, sobre la frase “A esto se suma, la pericia de la defensa, que aborda las mismas interrogantes que han tenido estos jueces, estableciendo una tesis alternativa que es igualmente lógica, aumentando la razonabilidad de la duda”, que se insertó por los jueces en el análisis de los casos de las víctimas Fernando Torres y Luis Lecaros, es necesario primero dejar establecido que tal argumento está incorporado a mayor abundamiento por los sentenciadores, puesto que en el párrafo anterior tuvieron por cierto que existía duda razonable sobre las reales causas de la hipokalemia de la víctima basada en la contradicción producida en la prueba de cargo o en su insuficiencia, lo que no permitía explicar o derribar las tesis alternativas que se originaban con dichas contrariedades (págs. 226 227 y 232 233). Además, la

defensa sólo presentó dos peritos que están latamente individualizados en todo el proceso, en tanto que la tesis alternativa decía relación precisamente con la existencia de otras causales que hubieran detonado la hipokalemia, lo que no sólo se evidenció en los alegatos de apertura y clausura de las defensas, sino que aparece de manifiesto de la íntegra lectura del análisis que se hace de estas víctimas.

En cuarto lugar, en lo que dice relación con la víctima Mauricio Troncoso (pág. 202), se advierte que al testigo Jorge Manríquez, de quien se dice que no tiene relación con este caso, se lo valoró en forma conjunta con un documento que acreditaba lo mismo que aquél decía, sin que ese documento haya sido impugnado por la recurrente; y se carece de prueba para determinar aquello sobre lo que habría declarado el testigo Jorge Manríquez, en términos de poder discernir si su inclusión en el análisis era impertinente o no, de donde se sigue que el libelo en esta parte carece de fundamentos.

En lo que atañe al quinto motivo de la impugnación, de la lectura de la sección dedicada a la víctima Nicol Vera en las páginas 332 a 337 del fallo, aparece que lo dicho por el médico Pablo Bertrand fue valorado en la sentencia junto con las declaraciones de varios otros médicos y expertos y que la conclusión del tribunal aparece apoyada en la preeminencia que dio a unos elementos respecto de otros, lo que corresponde a la labor que en forma soberana desarrolla el tribunal. En este escenario, la protesta levantada por el Ministerio Público dice

relación sólo con la disconformidad de la ponderación probatoria, lo que no es susceptible de revisión por esta vía.

En lo que toca al mismo reproche que se reitera respecto de la menor Tania Villalobos, de las fojas 341 a 345 de la sentencia, aparece que los jueces valoraron la declaración de su médico tratante Carolina Campos, específicamente en relación a las fechas en que se verificaron sus hipokalemias y aquella en que le fue sustituido el alimento ADN por otra fórmula láctea. El tribunal concluyó luego en base a otros elementos probatorios decidiendo que la hipokalemia pudo tener también su origen en su patología de base que era precisamente una cardiopatía congénita, o en los fármacos que se le suministraban adicionalmente o en su evidente falta de alimentación producto de sus repetidos vómitos, o incluso, en la deshidratación e hipocloremia.

Como se advierte, el tribunal valoró la declaración de la doctora que echa de menos la Sra. Fiscal, pero en la ponderación de otros antecedentes llegó a una conclusión diversa de la esperada por aquélla, lo que no es susceptible de ser revisado por esta vía, porque no se ajusta a la causal absoluta invocada, sino sólo al desacuerdo con los argumentos del tribunal.

En sexto lugar, la recurrente reclamó la omisión de la declaración del testigo Mauricio Jarufe, médico jefe del Servicio de Pediatría de la Clínica Los Coihues, en el análisis que se hizo de la víctima Oliver Galdames.

Para la demostración de esta vulneración, la Sra. Fiscal produjo prueba de

audio consistente en la declaración de ese perito ante el tribunal, el que sólo se escuchó en una sección menor a la ofrecida por falta de correspondencia de las pistas indicadas. Del audio escuchado aparece que el testigo Jarufe efectivamente se refirió al menor Oliver Galdames, pero en todo aquello que se escuchó en la audiencia de conocimiento de los recursos, consta que sólo dio lectura íntegra a un documento, que correspondía al N° 47 y que era un informe médico suscrito por él mismo y que parecía ser la ficha clínica del menor, donde había constancia de las fechas de ingreso al Hospital, de sus traslados a la Clínica Los Coihues, exámenes de laboratorio con detalle de los niveles particularmente de cloro y potasio, de las afecciones y patologías que cursaba y de los tratamientos que se le prodigaron hasta su fallecimiento. Según se lee en las páginas 165 a 172 de la sentencia impugnada, efectivamente el nombre del médico no está citado en ninguna parte, sin embargo, en el primer párrafo de fs. 166, se expresa por los jueces “De acuerdo con la copia de la ficha clínica del paciente en la Clínica Los Coihues y el informe médico elaborado por el Jefe de Pediatría de dicho centro (documentos N° 52 y 47 de la prueba de la fiscalía)...”. El citado Jefe de Pediatría, es precisamente el testigo Jarufe, a quien se supone preterido por el recurrente, lo que como se advierte, no ocurrió. Que no se le haya citado por su nombre no cambia el hecho que sí fue valorado por el tribunal, tanto como lo fue en reiterados pasajes de esa parte de la sentencia, el documento N° 47

que es aquello que leyó al tribunal oral, según se escuchó del audio reproducido en la audiencia de conocimiento de los recursos.

En consecuencia, no se ha producido la infracción reclamada.

Por último, la recurrente estima que se incurrió en omisión al decidirse por los jueces qué era la hipokalemia, lo que no podían obviar sólo por existir divergencia de opiniones y sin expresar por qué daban mayor valor a una u otra versión.

El asunto relativo a qué es la hipokalemia o si es o no una enfermedad, no sólo fue atendido por los jueces en el razonamiento undécimo, sino que también lo fue en el considerando décimo cuarto, bajo el numeral VI, titulado “Artículo 317 del Código Penal inciso primero”, donde se manifestó por los jueces que habían dos peritos que dijeron que la hipokalemia era una enfermedad y otros dos que sostuvieron que era un signo, diversidad de opiniones ante las cuales “el tribunal carece de las herramientas necesarias para eliminar toda duda relativa a la naturaleza médica de la hipokalemia”, a lo que se sumó que a pesar de haberse esgrimido un concepto elaborado por la Organización Mundial de la Salud, este no generaba convicción, tanto por estar construido sobre un enfoque muy amplio de salud, cuanto porque la inclusión de la hipokalemia era controvertida y ni siquiera se incorporó el documento que lo avalaba al juicio, sin que fuera hecho público y notorio.

Como se advierte, los jueces expresaron motivos para asistirles una duda

razonable que les impidió adquirir convicción sobre la naturaleza de la hipokalemia, donde no fue preciso que esgrimieran motivos para preferir a unos peritos sobre otros, puesto que ante el empate, surgieron otras razones que les impedían discernir unos de otros, sino que derechamente inclinaban la resolución a favor de aquellos que sostuvieron que no sería una enfermedad.

*Vigésimo Primero:* Que por esta causal absoluta esgrimida por el Ministerio Público, se ha denunciado también que los jueces infringen en la valoración de la prueba los principios de la lógica, concretamente el principio de no contradicción.

En primer término, se sostiene que ello se produjo cuando el tribunal no dio por establecida la relación causal entre el consumo del alimento ADN defectuoso y la hipokalemia experimentada por las víctimas, fundado en la existencia de patologías preexistentes. Explica que en los motivos décimo quinto y décimo tercero los jueces afirman que a) el producto ADN estaba destinado a personas con patologías; b) que el consumo exclusivo de ADN defectuoso no aportaba a su cuerpo el potasio que pudieran perder; y, c) niegan, sin embargo, la relación entre el consumo del alimento defectuoso y la baja en los niveles de potasio, en base a la existencia de patologías preexistentes que les hacían perder el mineral.

Como primer defecto de este motivo está el hecho que se presenta en términos generales, en circunstancias que en el considerando decimotercero, los jueces hacen una revisión pormenoriza-

da de cada una de las víctimas refiriéndose a todos los elementos probatorios reunidos en torno a ellas y derivando conclusiones que no pueden estimarse en términos generales para todas ellas. Sin perjuicio de lo dicho, no es efectivo que los jueces hayan elaborado la premisa signada con la letra c) por el recurrente, en los términos tan simples que éste la expone, puesto que lo que ellos hicieron en la mayoría de los casos fue determinar que existían otras causales que podían explicar la presencia de la hipokalemia o bien, que las víctimas habían consumido otros alimentos aparte del ADN defectuoso.

En segundo término, se aduce que se infringió el principio lógico formal de la no contradicción, al no dar por establecida la relación de causalidad entre el consumo de ADN defectuoso y la hipokalemia experimentada por las víctimas, debido a que éstas presentaban alteraciones en los niveles de otros minerales que componen el equilibrio electrolítico.

Nuevamente se hace una alegación en términos genéricos que se habría materializado entre los motivos undécimo y decimotercero, siendo éste último aquél en que se esgrimieron múltiples razones para descartar el vínculo de causalidad y que no fueron los mismos para cada víctima. Sin embargo, es posible decir que los jueces concluyeron en ciertos casos que a pesar de haberse regularizado los niveles de potasio, persistieron las insuficiencias de otros minerales lo que conducía a buscar otras hipótesis para explicar la hipokalemia.

Más adelante, protesta el recurrente porque en el razonamiento decimoquinto se tuvo por establecido como hecho de la causa, que los destinatarios del alimento ADN eran principalmente pacientes con deficiencia nutricional o enfermedades crónicas y que lo consumían en forma exclusiva o complementaria, de donde concluyeron que si este último alimento no contenía el potasio indicado, la víctima obviamente presentaría un nivel bajo de este mineral; pero luego afirman que la hipokalemia no resulta explicable por el déficit de potasio del alimento ADN, en aquellos casos en que la víctima consumía, además de ADN, otros alimentos o un suplemento de potasio, ya que si a pesar del consumo de otros alimentos o suplementos de potasio presentó hipokalemia, ésta no podría ser atribuida de manera exclusiva al consumo de ADN defectuoso.

No se explica en este caso la contradicción que denuncia el recurrente.

En lo que se refiere a la supuesta infracción al principio lógico de no contradicción al valorar la prueba rendida respecto de Oliver Galdames, ella se hizo consistir en que se declaró que falleció el 23 de noviembre de 2007, pero luego dicen que sufrió hipokalemia el 29 de octubre de 2009, cuando ya estaba muerto.

Naturalmente, esto no ha sido más que un error de copia o transcripción que no satisface la entidad de la disposición legal invocada.

Respecto de la víctima Tatiana Vásquez, se dice también que se ha infringido el principio lógico de no contradicción, porque se tiene por cierto que

sufrió hipokalemia por bajos índices de potasio que presentó el 9 de octubre de 2007, 5 de noviembre de 2007 y 13 de noviembre de 2007. Murió el 14 de noviembre de 2007.

Pero luego afirman que no hay relación causal entre la hipokalemia y la muerte, porque aquella le fue estabilizada el 14 de septiembre de 2007, de modo que no se encontraba con hipokalemia el día de su fallecimiento.

De acuerdo a lo razonado a fs.182 a 184 de la sentencia y por falta de antecedentes, no es posible afirmar si la referencia que molesta al recurrente ha sido sólo un error de copia; pero lo cierto es que tal argumento fue apoyado por los jueces con otro que no fue impugnado por la recurrente, cual es, que en el certificado de defunción se estampó como causa de muerte una distinta de la hipokalemia, lo que por no haber sido objetado, conlleva un contrasentido en el argumento del recurrente.

Respecto del menor Maximiliano Trey, se levanta infracción porque se tuvo por cierto que murió el 10 de enero de 2007, con su certificado de nacimiento y, sin embargo, que cursó una hipokalemia severa el 15 de noviembre de 2007. Resulta evidente que al señalarse el año 2007 en la fecha de su deceso, el tribunal solo incurrió en un error de copia que no justifica la denuncia que se formula, puesto que en la extensa descripción que los jueces hicieron de la situación de ese menor, aparece claro que a fines de ese año estaba vivo y que entonces fue intervenido.

Sobre las víctimas Catalina Correa y Sofía Espinoza, los jueces declararon

no tener certeza sobre el origen de su hipokalemia, ya que pudo tener varios orígenes, pero luego al tener por establecido el hecho, las incorporan como afectadas por hipokalemia severa y de riesgo vital.

Como ya se dijo previamente, al resolver el mismo reproche planteado en el recurso del abogado de los querellantes Sr. Carlos Quezada, en el razonamiento decimotercero de este fallo, el Ministerio Público carece de legitimación para levantar este reclamo.

Por otra parte, se denuncia la existencia de infracción al principio lógico de no contradicción en la determinación de las conductas que se atribuyen a los acusados Roberto Oetiker y Juan Costa, lo que se leería en la letra c) del motivo 14º, acápite IV, donde los jueces dicen que ambos acusados mencionados intervienen de manera activa en la etapa de comercialización del producto a través de su venta y exportación, respectivamente; y, sin embargo, al término del párrafo, sostienen “aquella dimensión de los hechos vinculada a un comportamiento omisivo de parte de Roberto Oetiker y Juan Costa Contreras, en tanto integrantes del directorio de B. Braun Medical S.A., no podrá ser equiparada a la acción de fabricar, vender o distribuir contemplada en la figura base y de esta forma servir de fundamento para un eventual reproche penal”.

No existe la contradicción que se reclama, porque los jueces declaran que, en el periodo en estudio (la etapa culposa), ellos intervinieron de manera activa en la comercialización del producto a través de su venta y exportación, “lo

que pudiera dar pie para afirmar que la conducta por ellos desplegada cumpliría con las exigencia de tipicidad objetiva contenidas en la descripción del artículo 315 inciso segundo del Código Penal.

Sin embargo, el tribunal también considera que, aun cuando así fuera, desde una perspectiva subjetiva el requisito de previsibilidad del peligro que su comportamiento entrañaba no se encuentra del todo esclarecido”.

Luego prosiguen los jueces con el análisis de dicho elemento que involucró también el análisis del principio de confianza, en cuanto se habían adoptado mecanismos de control de calidad y que ellos no eran quienes estaban directamente involucrados con la elaboración del producto, de ahí entonces, que se comenzara a razonar en torno a la responsabilidad que pudieran tener por omisión. No existe contradicción, puesto que desde la primera frase del capítulo a la última, existe un desarrollo que explica el trabajo realizado por el tribunal en relación a la imputación que se hizo a Oetiker y a Costa en el periodo denominado culposos.

En cuanto a la supuesta infracción que se habría cometido en la valoración de la prueba, donde se atribuye al tribunal haber infringido los conocimientos científicamente afianzados, la primera falta que se denuncia se habría producido al sostener los jueces, como regla general de la ciencia médica, que la hipokalemia por falta de aporte de potasio se produce en un periodo de tres semanas a un mes. Esta supuesta falta carece de descripción suficiente y no aparece vinculada a un caso concreto, lo

que impide su correcto análisis por esta Corte. Si bien es cierto, se escucharon en la prueba de audio los extremos de los argumentos vertidos por el recurrente, no se advierte cómo ello se plasmó efectivamente en el análisis particularizado que hicieron los jueces de cada una de las víctimas.

Se reclama también que se infringieron los conocimientos científicamente afianzados al aplicar una regla construida en base a la condición de una persona sana a personas que padecen enfermedades crónicas.

Al igual que en el caso anterior, es una argumentación general que no ha sido concretada en relación a una víctima determinada, respecto de cada una de las cuales los juzgadores hicieron en el razonamiento decimotercero, un acabado análisis de todos los elementos de cargo producidos por cada una y de las hipótesis y variables que tuvieron o no explicación en los peritajes, documentos y testimonios producidos en el juicio.

*Vigésimo Segundo:* Que en forma subsidiaria a las anteriores, la representante del Ministerio Público esgrimió la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

En primer lugar denunció errónea aplicación del artículo 317 inciso 2° del Código Penal, ya que el tribunal señala que el delito imprudente contra la salud pública sólo puede ser cometido de manera activa, descartando la posibilidad de realizar omisiones, lo que condujo a la absolución de Oetiker y Costa.

También adujo que se incurrió en error de derecho en la aplicación del artículo 317 inciso 2° del Código Penal,

en cuanto a la previsibilidad de la lesión del bien jurídico protegido, puesto que existe relación entre la previsibilidad como elemento subjetivo del delito y el principio de confianza.

Luego denuncia que el tribunal erró en la aplicación del artículo 317 inciso 1° del Código Penal, al eludir su obligación de determinar el alcance típico del elemento normativo “enfermedad grave”, refiriendo para ello el concepto de duda razonable, el que sólo puede ser aplicado a cuestiones fácticas y no jurídicas.

También denuncia la existencia de error de interpretación del artículo 16 del Código Penal, lo que influyó en la absolución de Reinaldo Torres.

Considera que existe error en la relación de causalidad exigida para estimar concurrente la conducta del artículo 317 inciso 1° del Código Penal.

Finalmente, reclama existir infracción a los artículos 74 del Código Penal y 168 y 178 de la Ordenanza de Aduanas; 75 y 190 del Código Penal en relación a los artículos 168, 172 y 178 de la Ordenanza de Aduanas; y errónea aplicación de los artículos 168 y 172 de la Ordenanza de Aduanas.

*Vigésimo Tercero:* Que las dos primeras denuncias se analizarán en conjunto, esto es, la supuesta infracción al artículo 317 inciso 2° del Código Penal, que se habría cometido al descartar la posibilidad que sea cometido por omisión y aquella referida a la previsibilidad de la lesión del bien jurídico protegido.

Sobre este punto, el Ministerio Público sostiene, en términos simples, que “al establecer el legislador un tipo imprudente en el artículo 317 inciso

2º del Código Penal, estableció un tipo penal muy distinto del consagrado en el artículo 315 del mismo Código y esto aparece en forma muy clara cuando se comparan los injustos contenidos en ambas normas, ya que lo que se reprocha en el artículo 317 inciso 2º... es la infracción del específico deber de cuidado que pesa sobre los hombros del agente, mientras que en el artículo 315 se reprocha la contradicción con una norma de conducta que el legislador entiende que violenta directamente el bien jurídico protegido salud pública”.

La reflexión anterior es errónea y dado que ella constituye la base del argumento de la recurrente, la conduce a una conclusión también errada.

El artículo 317 del Código Penal inicia su párrafo primero diciendo “Si a consecuencia de cualquiera de los delitos señalados en los cuatro artículos precedentes...” por lo que claramente está establecido en relación a dichos cuatro preceptos. Luego, el inciso segundo del artículo 317 que es el cuestionado por la recurrente, reza “Si alguno de tales hechos punibles se cometiere por imprudencia temeraria o por mera negligencia con infracción de los reglamentos respectivos, las penas...” Como se advierte, nuevamente la referencia es íntegra a tales hechos punibles por lo que no es posible afirmar, como pretende el Ministerio Público, que se trate de tipos penales distintos. Por el contrario, la figura base es la misma, y sólo se ha hecho la diferencia con la sanción que se aplica en caso que tal conducta sea cometida en forma negligente.

A su turno, el artículo 315 inciso segundo del Código Penal sanciona a quien “efectuare otras adulteraciones en dichas sustancias destinadas al consumo público, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo apreciable de sus propiedades alimenticias, y el que a sabiendas las vendiere o distribuyere”.

Los jueces declararon que la intervención de Oetiker y Costa en el periodo culposo era activa: en la comercialización del producto a través de su venta y exportación, respectivamente. Esa actividad la sanciona el artículo 315 del Código Penal en su inciso segundo, en cuanto se realiza “a sabiendas”, esto es, con dolo directo, el que es preciso excluir en este análisis porque estaban tratando el periodo culposo, esto es, aquél en que Oetiker y Costa desconocían que el compuesto estaba siendo mal preparado a consecuencia que el encargado de ello lo había despachado mal a la empresa Fortitech. De ahí entonces que los jueces se hagan cargo de analizar la previsibilidad del error y desde esa perspectiva entran al análisis del principio de confianza al interior de los delitos imprudentes. En dicho escenario, el tribunal previo un análisis de antecedentes de hecho concluyó que ambos acusados habían adoptado varias medidas de control al interior de la empresa con ocasión de un evento anterior en términos suficientes como para despejar las posibilidades de nuevos peligros, al menos en lo que era previsible para ellos desde la posición que ocupaban en la empresa.

Acto seguido, el análisis que el tribunal hace es correcto, en cuanto de cara a los verbos rectores del tipo en estudio, “adulterar”, “vender” y “distribuir”, concluye que claramente ellos implican conductas activas no susceptibles de ser realizadas por omisión y luego se sostiene que atendido el hecho que ese precepto tampoco está construido en relación a un resultado, no es posible en relación a ese extremo, levantar la tesis de que sea cometido por omisión.

A lo anterior, no es menor agregar que para algunos autores el solo hecho que la figura base exija la comisión “a sabiendas” excluye la figura culposa genérica del artículo 317 inciso segundo, y con ello cae también la posibilidad que sea cometida por omisión. (En ese sentido Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV. Editorial Jurídica, Tercera Edición. P.291)

En relación a la denuncia de infracción de derecho que se hace sobre el supuesto error de aplicación del artículo 317 inciso 1° del Código Penal, al determinar el alcance típico del elemento normativo “enfermedad grave”, se estará a lo ya concluido previamente en el motivo sexto de esta sentencia.

En lo que cabe al error de interpretación del artículo 16 del Código Penal, en relación a la absolución de Reinaldo Torres, este reclamo será desestimado desde luego, porque no es un asunto de calificación jurídica, puesto que los jueces del tribunal oral tuvieron por no establecida la intervención de este inculcado por falta de prueba suficiente en orden a que tal hubiere adulterado, vendido o distribuido el producto de-

fectuoso, declarando que su labor “si bien estaba vinculada a la publicidad del alimento, las acciones en ella incluidas no son reconducibles a ninguno de los verbos rectores contemplados en la norma”.

Por su parte, en lo que atañe a la supuesta infracción en la relación de causalidad exigida para estimar concurrente la conducta del artículo 317 inciso 1° del Código Penal, de los argumentos vertidos por la recurrente se advierte claramente que no se está fundamentando una infracción de derecho a su respecto, sino que un divorcio de las razones esgrimidas por el tribunal para arribar a las conclusiones que fundan su decisión. Tanto es así, que a pesar de haberse citado el artículo 317 inciso 1° del Código Penal como supuestamente infringido, no existe en el motivo respectivo, el desarrollo atinente de la infracción que se pretende.

Finalmente, en cuanto a las denuncias que se hacen respecto de diversas normas legales relacionadas con el segundo hecho que se atribuyó a los acusados, aquellas serán analizadas con motivo del estudio del recurso deducido por el Sr. Director Nacional de Aduanas.

**RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR EL Sr. DIRECTOR NACIONAL DE ADUANAS.**

[...]

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal se rechazan los recursos de nulidad deducidos [...]

Se previene que los Ministros señores Dolmestch y Cisternas, que concurren

al fallo, no comparten los argumentos vertidos en el razonamiento décimo sexto de esta sentencia, por cuanto en su opinión, el Ministerio Público sí goza de legitimación activa para deducir la causal de competencia natural de esta Corte<sup>12</sup>.

[...]

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Milton Juica Arancibia y de la prevención, sus autores.

Rol N° 6831 2012.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Kunsemuller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintisiete de diciembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

---

<sup>12</sup> Nota del Editor: Al respecto, el mismo razonamiento se encuentra en el voto de minoría de la SCS de 10 de octubre de 2012, Rol N° 5654-2012 en el llamado “Caso Bombas”. Dicha sentencia se encuentra reproducida en esta misma revista.