CONSULTA (8) 2011

Imputación objetiva, causalidad, varios sujetos crean conjuntamente un riesgo no permitido, delito de incendio, delegación

Normas Asociadas: CP ART.490; CP ART.492

Materias: Imputación Objetiva/ Imputación Subjetiva

Descriptor: Riesgo; Imputación objetiva; Homicidio simple; Culpa

PREGUNTA

Estimados:

Solicito me puedan apoyar con material, doctrina y jurisprudencia, pues se trataría de un complejo problema de imputación objetiva, al existir en principio varias causas cuya suficiencia aún queda por aclarar, pero que indudablemente configuraron el hecho del incendio en centro penitenciario de San Miguel.

Este 28 de marzo se formalizará, entre otros, a 5 gendarmes por cuasidelitos reiterados de homicidio, y se trata principalmente de oficiales de gendarmería que no estaban en el sitio del suceso, a quienes suponemos se le imputará una serie de infracciones relativas a no adoptar las medidas pertinentes para mantener una red seca y húmeda operativas, así como no implementar procedimientos adecuados para actuar en caso de incendio, dadas las condiciones de hacinamiento en que vivían los internos, el alto contenido o carga de combustible que había al interior de los colectivos, sumado a ello el hecho de permitir el uso al interior de las celdas de materiales inflamables como cilindros de gas licuado que eran proporcionados por la propia institución a través del economato. Principalmente necesito ayuda respecto de una probable formalización por cuasidelitos reiterados de homicidio basados en que uno de los gendarmes no realizó con la frecuencia debida las "rondas" que debía hacer.

RESPUESTA

La respuesta exige precisar –lo que se hará de forma sintética- en qué consiste la teoría de la imputación objetiva, pues ésta esclarece la determinación de la atribución correcta de un resultado delictivo al comportamiento de una determinada persona. Previo a ello es necesario reducir el marco de análisis de acuerdo a los posibles delitos que van a ser imputados. Esta reducción se justifica en que el delito que presuntamente va a ser imputado son –en principio únicamente- realizaciones múltiples de homicidios negligentes, es decir, se trata de delitos de comisión –en contraposición a los delitos de omisión-, de delitos de lesión –en contraposición a los delitos de peligro- y de resultado –en contraposición a los delitos de mera actividad-. La trascendencia de esta "reducción" previa al análisis, reside en que la teoría de la imputación objetiva asume matices diferentes en los que cabría desarrollar de tratarse de un delito de omisión, o de peligro o de mera actividad, por ende, el análisis que se llevará a cabo en principio sólo es válido en referencia a estos particulares casos de comisión de delitos de homicidio.

En general, tratándose de delitos de comisión –lo que significa que se realiza a través de un hacer-, de resultado –lo que significa que el delito exige que se produzca un estado de

cosas independiente de la existencia de la acción del sujeto- y de lesión –lo que significa que el delito exige como condición de su tipicidad que se cause un afectación a la integridad del bien jurídico, en este caso, que se produzca el cese de la vida-, la teoría de la imputación objetiva, suponiendo que existe una relación causal, requiere para poder atribuir a una conducta un resultado lesivo que exista (1) un resultado clasificable dentro del ámbito de protección de la norma (2) la creación de un riesgo (3) que ese riesgo haya sido creado por un sujeto X (4) que precisamente ese riesgo creado por X se materialice en un resultado delictivo. Sólo concurriendo estos 4 presupuestos puede imputarse un suceso delictivo al comportamiento de una determinada persona.

La teoría de la imputación objetiva es sostenida en la actualidad por la doctrina dominante en el derecho europeo continental, también en Sud-América y Chile con ciertas variantes –la mayoría de la doctrina chilena la ocupa como complemento de las teorías causalistas y finalistas. La razón de la masiva aceptación de dicha teoría deriva de que la doctrina rechaza la excesiva amplitud de las teorías causales y finales para determinar qué resultado puede ser imputado al agente. Además, dichas teorías no son capaces de establecer criterios precisos que justifiquen la amplitud de la atribución de un resultado delictivo. La teoría de la imputación objetiva pretende restringir la amplitud de la atribución de un resultado a una conducta a través de criterios valorativos, rechazando la prioridad de criterios naturalísticos. Esta es la base de la adopción de esta teoría.

Antes de abordar la teoría de la imputación objetiva y su rendimiento para la estrategia de la defensa en este caso, se analizarán otras estrategias previas que abordan otros temas que plantea el caso y que podrían ser de utilidad para demostrar que el hecho delictivo NO puede ser imputado, pero antes debe considerarse lo siguiente: debe determinarse el ámbito de exigencias para la comisión de los delitos culposos.

Politoff & Matus & Ramírez distinguen dos grados de culpa, una “culpa grave” y una “culpa leve”. La importancia de esta clasificación es que el estándar para determinar si hay o no negligencia es la gravedad del apartamiento del estándar de cuidado. De este modo, para probar la comisión de un delito negligente en base al art. 490 CP bastaría que la conducta haya sido realizada con “culpa grave”, lo que exige un “apartamiento” sustancial de la norma de cuidado. Para probar la comisión de un delito negligente en base al art. 492 CP bastaría que la conducta haya sido realizada con “culpa leve”, lo que exige si bien un “apartamiento” no-sustancial de la norma de cuidado, exige de forma copulativa la infracción de reglamentos. El caso que se consulta, necesariamente al tratarse de un contexto especial, debe o debió haberse regulado por vía reglamentaria –a través de oficios, resoluciones o protocolos, etc.-, por lo tanto exige que se demuestre la existencia de dicha norma de cuidado¹. Esta alternativa permite con mayor facilidad sostener los problemas de legalidad y de imputación subjetiva que se mencionan al inicio de esta consulta. En todo caso, esto es sólo desde el punto de vista estratégico, pues la necesidad de una reglamentación del estándar de cuidado de acuerdo a normas técnicas –reglamento penitenciario, protocolos, etc.- en el contexto penitenciario puede derivarse sin necesidad de recurrir al art. 492 del CP.

1. Problemas de legalidad y el concepto de “frecuencia de las rondas”:

El primer problema que se produce es de legalidad. En efecto, ya que no se trata de un deber establecido legalmente –el deber de realizar rondas con cierta frecuencia-, se

¹ Esta ha sido la interpretación adoptada en otro trabajo sobre delitos de la ley del tránsito, Fernández, José Manuel “Manejo de vehículo sin licencia y en lugar privado” Consulta n° 19 (2010), véase especialmente la sección 1.1 y 1.2.

infringe el principio de legalidad que debe regir los delitos de omisión, de comisión y de negligencia.

El segundo problema que se produce es que infringe el principio legal sobre determinación de la conducta prohibida, porque no existe un parámetro legal ni institucional –ni tampoco reglamentario u de otro tipo – que al definir la “frecuencia de las rondas” –lo mismo vale para el caso del conocimiento especial para utilizar una red seca/húmeda- le permita al sujeto conocer a que regla debe adecuar su comportamiento, por ende, en este caso el sujeto ex-ante no pudo saber cuál era el parámetro con arreglo al cual su conducta podía ser calificada como penalmente prohibida.

El tercer problema es uno de adecuación de la supuesta norma infringida de “deber de cuidado”. Ex-post la norma no es eficaz porque el sujeto al no haber podido conocer la frecuencia “debida” de las rondas tampoco pudo contribuir a dicha evitación (se denominará en adelante a la “norma sobre frecuencia de la rondas” como norma R, en principio lo que se diga a este respecto es válido para el caso del conocimiento especial para manejar una red seca/húmeda), en efecto, asumir que de haber existido dicha norma –y de su seguimiento- el sujeto habría podido darse cuenta del incendio y dar aviso con mayor antelación, sólo es válido como interpretación “posible”, pero en la actualidad esta norma no existe y por ende el resultado no se pudo evitar ni reducir sus consecuencias sobre la base del cumplimiento del deber. Naturalmente ya que ex-ante no existe una norma, ex-post tampoco puede hacerse responsable a una persona por no haber hecho algo que nunca tuvo conocimiento que tenía que hacer, nunca pudo saber qué la omisión de un determinado comportamiento o que su falta de adecuación a un estándar de cuidado estaba sancionada penalmente. El problema del mantenimiento en buenas condiciones de la red húmeda/seca es el mismo en la medida que no exista un reglamento que encomiende al gendarme que se haga cargo de dicho mantenimiento. Pero incluso tratándose del gendarme encargado, el tampoco podría ser hecho responsable porque no pudo saber previamente que él era el encargado al no existir norma que lo dispusiera, e incluso si existiera dicha norma, si no se le dieron los medios –económicos, pero también humanos como una debida capacitación- para resolver los problemas de la red húmeda/seca, tampoco podría ser hecho responsable, porque él no era el encargado de manejar el presupuesto y decidir sobre su destinación.

2. Problemas de imputación subjetiva

El problema de legalidad también genera problemas de imputación subjetiva. La tesis que probablemente sostendrá el Ministerio Público es que el imputado sabía –lo que permitiría fundar el dolo- o debía saber –lo que permitiría fundar negligencia- que el no comportarse con el “cuidado debido” generaba el riesgo de un aviso inoportuno a bomberos. No obstante, como acabamos de ver, sin un reglamento el imputado o no sabía o no podía saber.

El problema de determinación de la culpa no pasa solamente por determinar que existe un desempeño descuidado en un ámbito riesgoso, sino establecer previamente quien es el responsable de que en ese ámbito se sigan determinadas reglas, por ende lo importante es identificar al sujeto a cargo del control de dichas reglas. Claramente, el gendarme no es el encargado de definir los protocolos de contingencia ni la frecuencia de realización de rondas ni, en general, de prevención de riesgos. El directamente responsable de que el ámbito no genere peligros o que genere los peligros “dentro del riesgo permitido” –vid. supra 3.1 y 3.2- es, en principio, el único que podría ser considerado penalmente responsable, salvo que él hubiera adecuado su comportamiento a la reglamentación

vigente, y que el resultado se hubiera producido a consecuencia del incumplimiento de los deberes de sus sub-ordinados, pero como hemos visto, no existe reglamentación vigente.

3. Teoría del riesgo permitido

3.1. Aspectos básicos

La teoría del riesgo permitido es parte fundamental de la teoría de la imputación objetiva, y es uno de los elementos que permiten evitar los problemas de excesiva amplitud a que se llega sobre la base de las teorías finalistas y causalistas. Esta teoría permite excluir del ámbito del derecho penal, aquellos riesgos que generan resultados lesivos pero que se producen dentro del “riesgo permitido”.

En base al riesgo permitido se excluye del ámbito de la responsabilidad penal la materialización de los daños que son consecuencia de los peligros que aceptamos que se generan en la vida diaria, ya que sancionar por estas conductas haría la vida social imposible. El ejemplo clásico que se cita en estos casos consiste en la conducción de vehículos motorizados. Conducir un vehículo motorizado es una actividad que genera peligros, si suprimiéramos la posibilidad de conducción de vehículos motorizados con seguridad disminuirían los accidentes de tránsito y por ende se salvarían muchas vidas. Pero en la vida moderna se acepta la existencia de la conducción de vehículos motorizados y con ello se acepta también que se perderán muchas vidas en accidentes del tránsito, estos riesgos son los riesgos “normales” de la vida y por esa razón constituyen “riesgos permitidos”. Estos riesgos permitidos representan obstáculos a la imputación penal: de concurrir excluyen la responsabilidad penal por falta de imputación objetiva. En el contexto del tránsito vehicular, para distinguir aquellos riesgos “permitidos” de aquellos “no permitidos” se formulan ciertas reglas –las normas del tránsito-, de forma tal que los daños que se sigan a pesar del respeto a dicha reglas no pueden ser objeto de sanción penal, porque dichos daños serán consecuencia de la realización de un riesgo permitido.

En conclusión, sólo los daños provenientes del manejo realizado de forma no-conforme a dichas reglas puede ser objeto de sanción penal, porque se ha desarrollado fuera del riesgo permitido –es decir se han generado daños que no son “permitidos”. En consecuencia, los daños que se generan en una conducción realizada en conformidad a dichas reglas no pueden ser objeto de sanción, pues precisamente este tipo de daño, es lo que constituye la clase de aquellos riesgos materializados que se aceptan como condición de una sociedad en la que el manejo de vehículos motorizados es posible. Estos daños se generan “dentro del riesgo permitido” y por ende no son susceptibles de reproche penal.

Naturalmente, cuáles sean las reglas que definan los riesgos permitidos y determinen los riesgos no permitidos dependerá del contexto en cuestión, de esta forma, cuales son los actos constitutivos de negligencia en el derecho del tránsito no son los mismos que son constitutivos de un acto negligente en el derecho médico. Ello implica la necesidad de identificar cuáles son las reglas que de haber sido seguidas por el imputado habrían significado considerar el resultado como no-imputable, y por lo tanto, permitido.

3.2. Riesgo no permitido

El riesgo no permitido es la “otra cara de la moneda” del riesgo permitido, si del comportamiento se siguen consecuencias lesivas –que realizan la descripción de la conducta prohibida en el tipo-, y dichas consecuencias lesivas se generan precisamente porque el destinatario de la prohibición no se ajustó a las reglas que definen el

comportamiento correcto, entonces el sujeto realiza un “riesgo no permitido”, y por ende, cabe averiguar si se cumplen el resto de los requerimientos de la teoría de la imputación objetiva, cumpliéndose, el imputado puede ser en principio hecho responsable de los resultados lesivos.

En este caso ¿es constatable la existencia de la realización de un riesgo no permitido? Es decir, ¿existe una norma legal que establezca la frecuencia debida de las rondas a realizar? Como se ha no hay norma legal ni existe norma reglamentaria que lo establezca, tampoco existió una capacitación para los funcionarios, ni hay plan de contingencia, ni existe una proporción adecuada de gendarmes por preso suficiente para lograr un adecuado grado de control de la población penal, tampoco existen mapas actualizados de las cárceles. La pregunta en este punto es ¿es el imputado el responsable de estas carencias institucionales?, ¿fue debidamente capacitado para hacerse cargo de estas falencias?, ¿le fueron instituidas nuevas funciones para resolver los problemas de presupuesto? Todas estas preguntas deben ser respondidas negativamente; no hay norma legal ni reglamentaria que establezca la frecuencia debida de las rondas a realizar, el funcionario no fue debidamente capacitado y tampoco adquirió nuevas competencias institucionales que lo facultaban para tomar decisiones presupuestarias.

A las falencias ya detectadas en el sistema de “trabajo” y de recursos humanos, se agrega el estado actual de las cárceles, el que se encuentra sobre-saturado de internos y por ende no constituye un contexto adecuado para prevenir este tipo de sucesos, por estos motivos, con mayor razón debe concluirse en la falta de imputación: el gendarme no puede hacerse competente de todas estas falencias humanas, institucionales, presupuestarias y de sobre-saturación, porque no es el institucionalmente responsable de ejecutar estas tareas. De esta descripción de la situación carcelaria se sigue que con anterioridad al incendio ya estaba originada la creación de un riesgo no permitido: las malas condiciones de los internos, la falta de capacitación, la escasez de medios de Gendarmería y el hacinamiento, constituye un estado inicial de cosas que sobrepasa con creces el riesgo permitido, y por ende, no permite la imputación objetiva del resultado al comortamiento del gendarme. En un sentido similar al propuesto se manifiesta Jakobs:

“... hay que atender a qué riesgo es el que primero se concreta perfectamente, es decir, cuál es el que primero ha salido del ámbito de organización de la persona a la que le incumbe. En relación con el ejemplo citado: si el responsable de la carga ha ordenado la sobrecarga antes de que al realizar las labores de mantenimiento incorrectamente se dañen los cables, en la caída se realiza sólo el riesgo derivado de la sobre carga, porque a partir del momento en que esto consta, la caída ya no depende de que el ascensor no exceda de la carga máxima.” (p. 297)

Aplicando directamente la tesis de Jakobs a este caso, la muerte por incendio no se produciría –no podría imputarse- por el riesgo no permitido realizado por el gendarme, sino que por el riesgo creado por aquellos competentes de mantener el recinto carcelario en condiciones óptimas, lo que incluye como responsables no sólo al encargado de determinar la cantidad adecuada de gendarmes en proporción a la cantidad de reos –de acuerdo a estándares internacionales de seguridad-, etc., sino también aquellos encargados de decidir sobre la destinación de dineros para la construcción de cárceles, aquellos encargados de la contratación de personal, aquellos encargados de capacitar a los funcionarios, etc., en general, a aquellos encargados con poderes de decisión sobre el adecuado funcionamiento del recinto carcelario. Independientemente de quienes sean estas personas, lo claro es que el gendarme no era el encargado o responsable de estas funciones, por lo tanto al incumplirse son los encargados quienes se hacen responsables, son ellos en definitiva, quienes crean un riesgo no permitido.

4. Criterios de imputación objetiva

4.1. Ámbito de protección de la norma

Tal vez uno de los criterios más importantes para fundar la imputación del hecho al conducta es la determinación del ámbito de protección de la norma. Este criterio permite excluir la imputación cuando el suceso acaecido no constituye una materialización de aquellos riesgos que la norma pretendía evitar. Las disposiciones penales no pretenden evitar todo resultado dañoso para las personas, si fuera así, no necesitaríamos de Código Penal ni de leyes especiales, sino una sola norma que estableciera que todo resultado dañoso merece reproche penal. Como esta conclusión es inaceptable desde el punto de vista del principio de legalidad constitucional y no se corresponde con nuestro sistema jurídico penal, debe entenderse que cada norma penal tiene un ámbito de protección específico. En este caso concurre la norma que prohíbe matar a otro, y la condición que produce la infracción de la prescripción consiste en incumplir la norma sobre frecuencia de realización de las rondas. Ahora bien, resta determinar si dicha norma tenía un “ámbito de protección” vinculado al ámbito de protección de la norma sobre prohibición de homicidio. El presupuesto de esta indagación está compuesto de dos elementos:

- (a) El ámbito de protección de la norma R coincide al menos parcialmente con el ámbito de protección de la norma sobre la prohibición del delito de homicidio
- (b) El ámbito de protección de la norma R incluye el incremento de la probabilidad de salvamento de los internos frente a casos de incendio, pues a través de las rondas es posible percatarse siempre con anticipación de este tipo de eventos de modo de poder realizar acciones para suprimir o mitigar los riesgos que se siguen de los incendios (PE: llamar a bomberos de forma oportuna)

De estos dos elementos se sigue la siguiente proposición:

- (c) El incumplimiento imputable de la norma R incrementa el riesgo de infracción de la prohibición del homicidio, por esta razón, es posible imputar un homicidio si un sujeto X obligado a cumplir con R no la cumple y esto provoca un homicidio

Para el resultado (c), es imprescindible demostrar que el fin de protección de la norma R consiste en permitir conocer signos evidentes de incendio, pues sólo de esta manera puede llegar a concluirse que el aviso no oportuno que sea consecuencia del incumplimiento de la norma R, produce condiciones de riesgo que en este caso determinó que varios internos murieran en el siniestro.

El análisis precedente se ha realizado sólo para demostrar la plausibilidad inicial de la aplicación de (c), puesto que como se verá a continuación, aún a pesar de encontrarse el caso dentro del ámbito de protección de la norma el imputado puede no ser responsable de los hechos.

4.2. Creación de riesgo

Concédase por el momento que existió una infracción de cuidado y que no se presenta problema de legalidad alguno, sea porque el cumplimiento de dicho deber es exigido por una norma legal que sí existe, o porque existe una norma reglamentaria o incluso porque se considera que no hay problema de legalidad alguno por el hecho de no existir norma legal o reglamentaria que regule y disponga el cumplimiento del deber, ¿se está creando un riesgo típicamente relevante al no hacer la ronda en conformidad al reglamento? Esta pregunta puede contestarse afirmativamente siempre que exista una conexión entre la finalidad de la norma que prescribe no matar y la finalidad de la norma sobre frecuencia de rondas. Como se vio en la sección anterior la conexión que debe existir es medio/fin: la finalidad de la norma sobre frecuencia de incendios debe implicar el cumplimiento de la

norma de no matar, porque sólo si el cumplimiento de la norma sobre frecuencia de rondas implica el cumplimiento de la norma de no matar, el sujeto podría ser hecho penalmente responsable, ¿porqué?, porque si hay una conexión medio/fin el no hacer las rondas con la frecuencia requerida significa o equivale a no hacer lo necesario para poder cumplir con la norma de no matar, y por ende, significa su infracción.

Para que exista la creación de un riesgo típicamente relevante la infracción de la norma de cuidado debe representar a la vez un incumplimiento de la norma de no matar. Esta creación del riesgo se explica en que hay normas cuyas finalidades deben estar conectadas: la finalidad de la norma de no matar es que no se produzcan ciertas clases de muerte –intencionales y negligentes causadas por el hombre directa o indirectamente-, y la finalidad de la norma sobre la frecuencia de las normas, debe ser –de haber más finalidades esta debe ser al menos la finalidad prioritaria que desplaza la otras finalidades- permitir darse cuenta de un incendio para poder dar aviso oportuno a bomberos. Para poder afirmar la conexión y que un determinado comportamiento –la omisión de las rondas con la frecuencia debida- causa un riesgo no permitido, por ende, para imputar las consecuencia del riesgo al comportamiento del agente y hacer responsable al sujeto porque al no hacer las rondas en conformidad al reglamento causó la muerte de los internos de la cárcel, no sólo se requiere (1) una conexión “normativa” entre la norma que prescribe no matar y la norma sobre frecuencia de rondas, sino además (2) una conexión “instrumental” en virtud de la cual las rondas realizadas con una determinada frecuencia efectivamente son capaces de evitar resultados fatales, sólo cumpliéndose ambas conexiones es posible imputar un resultado de muerte al incumplimiento del deber de hacer rondas. La imputación sobre la base de esta “doble conexión” es correcta no obstante pueda existir una justificación de su incumplimiento que determine que el sujeto no puede ser hecho penalmente responsable, como podría ser que tuvo que salvar la vida de otros sujetos.

En suma, si la finalidad de la norma sobre las rondas no cumple con al menos uno de los requisitos de “conexión” la persona no puede ser hecha responsable de la muerte de los presos por el incumplimiento de la norma: o bien por falta de (1), porque la norma sobre frecuencia de rondas no está vinculada normativamente al la norma de no matar, lo que se constataría si la norma sobre frecuencia de ronds posee múltiples finalidades y cumplir una implica incumplir otra –no existiendo una norma legal que resuelva la antinomia no puede imputarse una alternativa específica de resolución a la decisión del sujeto sujeto-, o bien por falta de (2), porque dicha norma exigiría un imposible, a saber, evitar la muerte a través del cumplimiento de una norma cuyo cumplimiento en condiciones ideales no es capaz de producir dichos resultados.

4.3. Incremento del riesgo

Primer argumento

Uno de los criterios para imputar objetivamente un resultado es demostrar que dicho comportamiento efectivamente incrementa el riesgo. Como vimos en el punto anterior, el riesgo creado existía al momento de los hechos por lo que no fue “creado” por el gendarme. Aún cuando se estime que este hecho no es suficiente para excluir la imputación al imputado, debe considerarse que a ese riesgo se sumó la permisión “institucional de gendarmería” que facultaba a los internos a tener balones de gas para preparar sus comidas y poder mantenerse con calor durante el invierno. La facultad de los internos basada en la permisión de gendarmería es un elemento importante para determinar la imputación, pues normalmente cuando el estado inicial es de riesgo permitido, la realización de un riesgo no permitido a través de un incremento de riesgo es

en principio plenamente imputable, pero cuando la situación inicial es de riesgo no permitido, entonces el mero aumento del riesgo no es un criterio decisivo para determinar la imputación del resultado, porque este puede ser explicado en base a los riesgos no permitidos pre-existentes o incluso en base a otros riesgos que pueden haberse producido durante el suceso.

Segundo argumento

Para poder afirmar que existe un incremento del riesgo típicamente relevante, habría que afirmar que una frecuencia X de rondas efectivamente incrementa de forma sustantiva la probabilidad de detectar un incendio. Sólo si las probabilidades son sustanciales podría entenderse que las rondas son el mecanismo imprescindible para poder conocer con la debida anticipación los signos que evidencian un incendio. El problema de este planteamiento es que para la imputación del resultado no se requiere solo un incremento del grado de probabilidad –de acaecimiento de un hecho, es decir un aumento de la probabilidad de (P + 1) a (P + 2) de la muerte de Z, a consecuencia del incumplimiento de la frecuencia X por parte del gendarme-, sino que pueda afirmarse necesariamente que una cierta frecuencia –la frecuencia debida establecida por el reglamento o protocolo- permita conocer los hechos que evidencian un incendio, de modo de hacer posible el contacto oportuno con bomberos.

La mera probabilidad no es suficiente para afirmar un incremento de riesgo en el sentido de la teoría de la imputación objetiva, es decir, no cualquier aumento de probabilidad hace al comportamiento que lo origina imputable. En efecto, aún cuando pueda comprobarse que efectivamente existió un incremento del riesgo por no haberse hecho la ronda en forma debida, todavía el sujeto no es necesariamente responsable. Piénsese en las distancias que tuvo que recorrer el gendarme durante la ronda, incluso con una frecuencia debida el gendarme una vez de espaldas al lugar de los hechos es incapaz de conocer qué acontecimientos característicos del origen de un incendio están teniendo lugar. Por lo tanto, si a pesar de haber hecho la ronda en conformidad a la norma si el incendio se hubiera originado justo cuando el gendarme no pudo ver, no le puede ser imputable el no haberlo visto, por ende, el hecho tampoco puede serle imputable por falta de realización del tipo subjetivo. Esto es consistente con aceptar que el conocimiento susceptible de demostrarse en el proceso penal, es un conocimiento “supuesto” o inferido. El conocimiento no es actual aunque posible, y simplemente se imputa cuando pueda inferirse que el sujeto X ha necesariamente podido conocer los signos evidentes de un incendio. La suposición de conocimiento sobre la base de hacer las rondas con la frecuencia debida sólo es *siempre* válida si efectivamente dicha frecuencia podía asegurar *siempre* la posibilidad de conocer dichos signos, pero en este caso, hay varios factores que permiten cuestionar la validez de la inferencia (i) con el número de gendarmes de turno no es físicamente posible saber que es lo que está sucediendo en todo momento y en todos los lugares importantes (ii) la distancia de las rondas, esto genera “puntos ciegos” en la labor de vigilancia y en los cuales puede detonarse un incendio y que dificultan el aviso oportuno a bomberos (iii) el incendio fue un hecho premeditado, es decir, existió una debida preparación por parte de los causantes por lo que probablemente buscaron una oportunidad en la que el incendio tenía mayor probabilidad de éxito. No es descartable que los hechos hayan buscado justo el momento preciso en que el lugar no estaba siendo custodiado, por ende, aunque se hubiera hecho la ronda con la frecuencia debida de todos modos existiendo espacios de tiempo en que los lugares dejan de ser custodiados –los “puntos ciegos”-, el incendio se hubiera producido y la alerta hubiera sido dada con poca anticipación.

El MP entonces debe probar cuántos metros debe recorrer el agente, cuantos guardias hay, si las rondas son un mecanismo eficiente de vigilancia, entre otras preguntas importantes. En efecto, el MP debe probar que el gendarme podía conocer el estado actual de la cárcel en todo el momento durante el cual realizaba la ronda, pues ello es requisito de la imputación de conocimiento, porque de haberla realizado habría adquirido el conocimiento necesario de los signos que evidenciaban la existencia de un incendio y que le hubieran obligado a dar aviso a bomberos y tomar las medidas correspondientes. Además el MP debería probar que los internos iniciaron el incendio sin indagar sobre las rondas del gendarme, porque de haber elegido justo el momento en que el gendarme no estaría porque sabían que no respetaba la frecuencia debida –esto es independiente de que efectivamente hayan conocido o no la existencia de un reglamento sobre la frecuencia, basta que supieran que existían vacíos entre ronda y ronda suficientes para dar inicio al incendio-, se estarían aprovechando de un punto ciego del sistema del que se hubieran aprovechado de todos modos aunque el gendarme hubiera hecho la ronda con la frecuencia debida, por ende la imputación sería superflua.

En suma, el MP debe probar (i) que la frecuencia debida de las rondas eliminaba la posibilidad de que los internos pudieran dar inicio a un incendio, porque al saber que los internos iniciaban un incendio ello habría generado una secuencia de sucesos que habrían bloqueado la posibilidad del incendio (ii) que el aviso oportuno hubiera resultado en el salvamento de los internos, porque de existir causas que hacían irrelevante el aviso oportuno, entonces la ronda debida era penalmente irrelevante, y a lo más existiría una tentativa de homicidio negligente, desistida por lo demás, ya que el gendarme intentó colaborar salvando a los internos que podía rescatar, por lo tanto su conducta sería impune. De hecho podría incluso llegar a postularse que el gendarme no incrementó el riesgo, sino que lo disminuyó. Al existir una situación inicial de riesgo no permitido ya creado –déficit de condiciones carcelarias, etc.-, el sujeto se comportó disminuyendo el riesgo no permitido, pues hay evidencia que salvó a muchos internos y que se quemó las manos tratando de ayudar.

4.4. Imputación del riesgo al agente

4.4.1. Existencia de varios riesgos

No basta para la imputación del hecho la determinación del ámbito de protección de la norma, la creación del riesgo y que ese riesgo haya generado el resultado, sino determinar si ese riesgo fue una “aporte relevante” para la producción del resultado. Esto es necesario en los contextos en que los que existen varios eventos independientes entre sí y que en conjunción producen un resultado. En este sentido el MP debería probar que aisladamente considerada, la infracción de R con negligencia era suficiente para producir el resultado. Esta tesis, sobre la relevancia del aporte es sostenido implícitamente por Roxin:

“La exclusión de la imputación si falta la creación de peligro.

Además hay que rechazar la imputación al tipo objetivo cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable.”²

Debe indagarse por el MP si la conducta del imputado constituyó un aporte causal a la producción del resultado necesario y/o suficiente para la producción del resultado³, pero

² Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Civitas, España, 1997, p. 365.

³ Para un análisis detallado sobre los casos de sobre-determinación causal e infra-determinación causal, véase Moore, Michael S., *For What Must We Pay? Causation and Counterfactual Baselines*, papere

como se ha podido ver: no es necesario, porque de haber realizado la ronda con la frecuencia debida, de todas formas el incendio le habría quitado la vida a muchos internos; tampoco era suficiente, porque por sí misma la conducta no explica la producción de las muertes, las muertes se produjeron a causa de un incendio en cuyo origen la conducta del imputado fue irrelevante.

4.4.2. Determinación del actuar negligente

Otro aspecto de la imputación al agente para determinar la negligencia por una acción, es adoptar un parámetro objetivo o bien un parámetro subjetivo:

- Una primera tesis sostiene que debe atenderse a la capacidad individual del sujeto. Ya que este sujeto no estaba capacitado para obrar conforme a un estándar objetivo de cuidado, no puede ser hecho responsable, porque no era él sino el encargado de “capacitar” al individuo quien debió hacerse cargo de dicha situación, el gendarme no es responsable de una ignorancia que debía evitarse a través de una capacitación, solo es responsable de dicha ignorancia –del gendarme- precisamente quien era responsable de evitarla. En suma, no tenía capacidad de evitar el incumplimiento del deber, y por ende, de actuar de modo diligente.
- Pero incluso si se asume el punto de vista objetivo del “hombre medio razonable”, en un medio inicialmente riesgoso, el resultado es similar. La doctrina chilena considera que el estándar de cuidado debe determinarse objetivamente, pero en este caso no puede acudir al “hombre medio razonable” porque se trata de una función específica que requiere y exige conocimientos especiales. En efecto, no cualquier individuo puede realizar la labor que le corresponde a un gendarme, para ello antes bien hay que constituirse en tal. Ya que debe tratarse de un individuo con capacidades especiales hay que preguntarse por qué el gendarme no realizó la ronda con la frecuencia debida, es decir, nuevamente hay que responder ¿quién era el responsable de que el gendarme conociera la frecuencia debida? Si la norma existía y el gendarme había sido previamente capacitado para cumplirla, es posible en principio atribuir su incumplimiento al propio gendarme y no al funcionario encargado de capacitarlo, pero si el gendarme no tenía los conocimientos especiales porque el encargado no cumplió su función –ya sea porque no tenía recursos (en cuyo caso tampoco él es el responsable) o porque derechamente no quiso capacitarlo (en cuyo caso él es el responsable)- entonces no le cabe a él responsabilidad en el incumplimiento.

Marzo 2011

José Manuel Fernández