

**UNIVERSIDAD DE PALERMO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS**

**TESIS**

**“LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO POR EL  
RIESGO CREADO”**

**AUTOR**

**ERIC LIONEL RODRÍGUEZ WO**

**DIRECTOR**

**DR. RAFAEL CÚNEO LIBARONA**

**2011**

A mis padres, pilares fundamentales en mi formación personal y profesional

A Paula, cuya incondicional ayuda permitió la culminación de esta obra.

## **APROBACIÓN DEL COMITÉ**

## TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	v
-------------------	---

### CAPITULO I

#### CUESTIONES SOBRE ACCIÓN Y OMISIÓN

I. Conceptos .....	1
A) Conducta activa o acción.....	2
B) Omisión o conducta pasiva .....	3
II. Concepto unitario de acción.....	4
III. Equivalencia entre acción y omisión.....	8

### CAPITULO II

#### DELITOS DE OMISIÓN Y POSICIÓN DE GARANTE

I. Concepto de omisión.....	11
II. Delitos omisivos .....	12
A) Omisión pura o delitos de omisión propia.....	13
B) Omisión impropia o comisión por omisión .....	15
B.1) Elementos de tipo objetivo.....	17
III. Posición de garante.....	20
A) Teoría formal de fuentes del deber .....	20
B) Teoría funcional de Kaufmann .....	28

### CAPÍTULO III

#### EL RIESGO, EL EMPRESARIO COMO GARANTE Y LA IMPORTANCIA DE LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

I. La creación del riesgo como factor de imputación.....	30
II. La organización y estructura de la empresa.....	37
A) Concepto.....	37
B) Elementos.....	38
III. Importancia de la estructura de la empresa para el derecho penal.....	43
IV. Los deberes residuales y el principio de confianza.....	46
V. Aporte jurisprudencial.....	50
A) Caso Storchi.....	50
B) Caso LAPA.....	53
C) Caso Cromañon.....	54
CONCLUSIÓN.....	57
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	51

## INTRODUCCIÓN

Con la aspiración de obtener el título de Magister en Derecho y Dirección de Empresas de la Universidad de Palermo, presento esta obra titulada: *La responsabilidad penal del empresario por el riesgo creado*. La misma responde a la naturaleza mixta de la Maestría mencionada. Por tal razón, se combinarán conceptos de dos disciplinas: El Derecho Penal y La Administración de Empresas. Servirá para que el profesional del derecho, que no se especialice en el área penal, contadores, futuros estudiantes de la maestría y el empresario en general cuenten con una herramienta práctica que les permita entender en qué casos pueden ser responsables por los actos ilícitos producto del riesgo que crea la actividad empresarial. Así, a la hora de instaurar la estructura organizacional, tendrán presente los conceptos y métodos para evitar un futuro reproche penal.

Con este trabajo se pretende, desde una audaz perspectiva, plantear los aspectos más relevantes de la responsabilidad penal empresarial, sin entrar en el extenso desarrollo de temas que puedan desviarme del norte de esta tesis y abrumar al lector. Es por eso que nuestro objetivo principal, además de los arriba señalados, es fundamentar la responsabilidad penal del empresario en el riesgo creado por la actividad empresarial.

En la actualidad, se debate en los distintos foros de derecho penal los cambios a la política criminal y al derecho penal. En ellos se discute, entre otros, el nuevo concepto de autoría. El derecho penal tradicional exige una relación físico causal entre el autor y el hecho delictivo. En este sentido, será el autor de un delito quien cause el resultado lesivo. Sin embargo, las nuevas tendencias del derecho penal advierten la posibilidad imputar la autoría de un hecho delictivo sin la exigencia tradicional del nexo

físico causal. Se basan en el deber jurídico de impedir el resultado dañoso. Por lo tanto, además de sancionar al ejecutor un hecho, también se puede castigar a quien tenía el dominio global sobre una fuente de peligro y la responsabilidad de evitar la comisión de un delito producto de ella. Basado en lo anterior, es posible responsabilizar al dueño o directivos de la empresa por los delitos cometidos, dentro del ámbito de la empresa y fuera de ella, y no ejecutados por ellos.

Para lograr los objetivos planteados, se introducirá al lector en los esfuerzos doctrinales dedicados a la creación de teorías que fundamenten un concepto de acción unitario o universal. Repasaremos los aportes que dieron origen a conceptos necesarios para el desarrollo de este trabajo, a saber: riesgo creado, acción esperada, posición de garante, entre otros.

En esa misma línea, los delitos de omisión acapararán la atención de nuestro análisis, en especial, los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión. Se desarrollarán los conceptos relacionados a la conducta omisiva, los tipos delictivos omisivos y la posición de garante, figura clave para identificar al responsable de impedir el acaecimiento de un hecho delictivo.

Por la importancia que tiene la temprana identificación de la figura del garante en la empresa, se hará énfasis en la trascendencia de la estructura organizacional y la delegación de funciones que, en base a la primera, se haga.

Durante el desarrollo del trabajo se citarán normas de derecho comparado, así como jurisprudencia que sustente las ideas planteadas y ayude al lector a profundizar en el tema. Finalmente, las conclusiones y aportes personales darán crédito del compromiso asumido y posición respecto a esta nueva corriente de imputación.



# CAPITULO I

## CUESTIONES SOBRE ACCIÓN Y OMISIÓN

### **I. Conceptos.**

Previo al desarrollo de la responsabilidad del empresario por el riesgo creado producto de la actividad de la empresa, es necesario abordar, como preámbulo, algunos temas sobre la acción y omisión que interesan al desarrollo de éste trabajo por servir de antecedentes al tema que nos ocupa. El primero de ellos es la búsqueda de un concepto de acción, como primer elemento en la estructura del delito, que abarque las dos posturas del ser humano: la acción y la omisión.

Resulta interesante exponer los esfuerzos realizados por las corrientes doctrinales más destacadas, en busca de un concepto unitario o universal, dada la necesidad de poder comprender a las omisiones dentro de una completa estructura del delito. La relevancia de tal necesidad radica en el hecho de que los delitos de omisión impropia plantean la posibilidad de reprocharle al individuo la no evitación de un resultado, como si tal inactividad se tratara de su propia causación. De manera tal que, a la hora de edificar una completa teoría del delito, se necesitó incorporar a la omisión en la definición de uno de sus elementos.

Antes de entrar en detalles sobre la posibilidad de un concepto superior o unitario de acción, enunciaremos las dos modalidades de comportamiento del ser humano que figuran como foco del presente dilema. Ambas han sido el resultado del examen necesario para especificar el sentido que nos interesa plasmar, y que tiene relevancia para el derecho penal. Por tal razón, es posible encontrar en ellas alguna influencia doctrinal, sin ser nuestro interés, la discusión de tales influjos.

## **A) Conducta activa o acción**

Llamada por la doctrina como actos positivos, consiste en la manifestación de la voluntad, mediante movimientos corporales, capaz de producir modificaciones o cambios en el entorno y que el derecho penal sanciona por lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Está compuesta por dos etapas: la etapa interior donde la voluntad se reduce a niveles del pensamiento diferenciándola de actos reflejos e involuntarios, y la etapa exterior en donde la voluntad aflora y se hace perceptible a través de movimientos corporales.

De esta forma de conducta provienen los delitos de acción o delitos de comisión, los cuales consisten en hacer algo prohibido por el ordenamiento penal. Creus (1996) los describe como: "... aquellos en que la acción típica se describe como una conducta activa..." (p. 175)

Estos tipos de delitos son los más comunes en la parte especial del derecho penal, ya que la mayoría de los tipos penales prohíben la realización de ciertas conductas, como por ejemplo: la prohibición de causar la muerte a otra persona y el tráfico de drogas. Estas acciones (matar y traficar con drogas) están prohibidas por la ley penal porque lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos (la vida y la salud pública).

En resumen, se distinguen las siguientes características:

- Voluntad de acción
- Exteriorización a través del movimiento corporal
- El resultado relevante para el derecho penal

## **B) Omisión o conducta pasiva**

La conducta o comportamiento humano también cuenta con una modalidad pasiva, es decir la omisión. Consiste en un comportamiento negativo, en una inactividad o un no hacer. Para el derecho penal, la omisión consiste en una inactividad del sujeto a pesar que el ordenamiento jurídico le impone hacer algo con la finalidad de evitar el daño o lesión de un bien jurídico relevante para la sociedad. Lo que se castiga es la omisión de la orden o mandato dictaminado a través de la norma penal.

Al igual que la conducta activa, es posible distinguir las siguientes características:

- La inactividad o abstención de actos, que le han sido impuestos al agente, necesarios para proteger bienes jurídicos.
- Resultado o lesión del bien jurídico resguardado.

De estas omisiones o conductas pasivas se desprenden los llamados delitos de omisión, como también la posición del garante quienes figuran como objetos centrales de esta tesis. Bacigalupo (1998), al tratar la distinción entre acción y omisión, cita el punto de vista de Rudolphi, quien brinda un concepto claro para la comprensión de las omisiones relevantes en este tema, a saber: "...La distinción dependerá, de si el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal o si ha dejado de emplear la energía necesaria para intervenir en un nexo causal no creado por él" (p. 224). Con ésta afirmación, se ilustra la principal diferencia existente entre la conducta activa y la pasiva, es decir, el empleo de energía para impulsar (en las conductas activas) o evitar (en las conductas omisivas).

## **II. Concepto unitario de acción**

Como se puede apreciar, la diferencia en la estructura de estas dos fases del comportamiento es lo que ha impedido la elaboración de un concepto unitario de acción. Tanto se ha escrito sobre la acción, en diferentes etapas de su desarrollo, que ha sufrido adecuaciones. En este sentido, existen autores que en la actualidad prefieren utilizar términos como comportamiento o conducta humana para reemplazar al de acción. Tal es el caso de Villada (2006) que al abordar el tema del comportamiento lo define como: "... la actividad física humana (positiva o negativa) a través de la que se manifiesta en el exterior del impulso interno del sujeto (voluntad del agente)". (p.145).

Jescheck (1988), refiriéndose al desarrollo de la formación del concepto de delito, afirma que: "...se consideró que se podía renunciar por completo al concepto de acción e iniciar la estructura del delito directamente en la tipicidad." (p. 185). Más adelante, y siguiendo con el concepto de acción, el mismo autor explica el porqué de esta posición cuando señala que:

"La dogmática puede renunciar a la creación de un particular concepto de acción y comenzar directamente con la tipicidad, por no parecer posible una definición general de acción, previa a las categorías jurídicas, o porque, en cualquier caso habría de mantenerse en un plano tan general que carecería de todo valor sistemático." (p. 196).

Dentro del desarrollo de una moderna teoría del delito se destacan dos escuelas que tratan de estructurarlo. Las mismas encuentran dificultad al momento de plasmar un

concepto de acción unitario que abarque tanto el aspecto positivo del actuar humano como su aspecto negativo.

En primer lugar haremos referencia a la teoría causal. Esta teoría parte desde la concepción naturalista de la acción. En este sentido, solo se consideraba dentro del concepto acción al movimiento corporal. Los seguidores de esta corriente plantean una naturaleza positiva de la acción, el cual dependía de la existencia de una relación causal que la vinculara con un resultado modificador del mundo exterior. Por último, el movimiento corporal debía estar regido por la voluntad del individuo. Sus más destacados representantes son Ernest Beling y Franz Von Litz.

El anterior concepto carece de exactitud, y lejos está de poder resolver el dilema que plantea los actos negativos u omisiones. Tal imposibilidad radica en el hecho que la concepción causal de la acción solo admite al movimiento corporal o actos positivos del ser humano marginando los actos omisivos. Si no existe movimiento corporal, eje del concepto causal de acción, nada hacemos tratando de explicar la relación causal del no movimiento con el resultado. Bien lo ha declarado Jescheck (1988):

“El punto débil de esta perspectiva referida a lo externo se manifestaba en la omisión, que en el Derecho penal debe ser integrada, al igual que el hacer positivo, dentro del concepto de acción, pero que notoriamente no es movimiento corporal, sino lo contrario.”(p. 182).

En segundo lugar, encontramos una teoría final o finalista. El autor alemán Hans Welzel es su principal estandarte. Para esta teoría, la acción relevante es aquella que, antes de ser exteriorizada, ha pasado por un proceso intelectual, en donde al individuo le ha sido posible anticipar el o los resultados y escoge los medios convenientes para

llegar a él. Contrario a la teoría causal, en donde se define la acción humana simplemente como “un curso causal llevado por la voluntad” (Jescheck, 1988, p. 198), la teoría finalista se fundamenta en una actividad final, en una meta que impulsa la voluntad del individuo.

Se han levantado críticas a ésta teoría. Las más significativas hacen referencia a la imposibilidad de abarcar dentro del concepto final de acción los actos omisivos, las acciones imprudentes y las acciones automatizadas entre otros. Sin embargo, autores como Jescheck (1988, p. 199) y Stratenwerth (1976, p. 54) advierten tales objeciones y encuentran, en la dirección final y en influencia de las acciones finales respectivamente, el arma para hacerle frente.

Pese a no poder encontrar un criterio definitivo, existen esfuerzos dirigidos a concebir la solución a éste tema. En este sentido, autores como Mezger, Welzel, Maurach, y Armin Kaufman propugnan un concepto genérico de acción. Beling, apuntando en esa dirección, señala que tanto la omisión como la acción son equivalentes al ser ambos un suceso de la vida. El citado autor explica que la voluntad se hace presente en la omisión al dominar los nervios motores necesarios para ejecutar un movimiento corporal; lo mismo sucede en la acción cuando la voluntad acciona los nervios necesarios para el movimiento.<sup>1</sup>

Una tercera teoría, calificada como teoría social, trata de mostrar el camino. Lo fundamental es asimilar la relevancia que tiene para la vida en sociedad tanto el actuar positivo como el negativo, sobre todo si las decisiones del individuo afectan al mundo

---

<sup>1</sup> Citados por Eduardo Novoa Monreal, Fundamentos de los delitos de omisión, Buenos Aires 1984, p. 67

que lo rodea. Es necesaria una conciencia valorativa de las distintas manifestaciones del ser humano.

La idea de un concepto social de acción encuentra en la figura de Hans-Heinrich Jescheck a su principal expositor. Refuta tanto los postulados de un concepto unitario o superior de acción, como las teorías que tratan de justificar la equivalencia entre acción y omisión. Se refirió a la acción como: “comportamiento socialmente relevante.” Además, añade que el comportamiento es: “... toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de la que dispone gracias a su libertad.” (Jescheck, 1988, p. 201)

Novoa Monreal (1984), tratando de encontrar una solución al concepto común que cubra la acción y omisión, plasma una línea parecida al sostener que: “la respuesta a ella se halla estrechamente ligada a un examen acerca de las relaciones de la omisión con las realidades del mundo y con el Derecho...” (p. 65)

Así las cosas, la omisión, como la hemos definido en líneas superiores, puede ser absorbida por el concepto social de acción. Solo desde la perspectiva que nos da la relevancia tanto de la acción como de la omisión en el mundo que nos rodea, y la capacidad de estas dos formas del actuar humano para modificarlo, es que se entiende el gran valor de la omisión para el derecho.

Dado que derecho pretende mantener inalterado bienes que la sociedad atesora, los mismos pueden ser objeto de transformación mediante el actuar humano; de allí que se prohíba la realización de ciertas conductas. No obstante, la pasividad para protegerlos y evitar el desmedro de esos bienes también forma parte de esa alteración. En

consecuencia, para el derecho y para la sociedad, la omisión adquiere el mismo valor que la acción.

### **III. Equivalencia entre acción y omisión**

Si bien es clara la diferencia que existe entre la actividad y la omisión, y expuestos los esfuerzos de encontrar un concepto unitario o superior que encierre a ambas, para el desarrollo del tema que nos ocupa adquiere igual relevancia introductoria los esfuerzos para explicar una equivalencia entre las dos formas de comportamiento humano. El dilema inicia al abordar la posibilidad de realzar un delito activo prohibitivo a través de la inactividad corporal o postura pasiva. En otras palabras, se plantea la equivalencia de la inactividad del sujeto con la conducta activa descrita en la norma penal. En este sentido, es posible imputarle el delito de lesiones personales a un sujeto determinado quien con su inactividad no evitó la consumación del delito en mención.

Iniciemos con los argumentos dados desde la causalidad. Al igual que en los actos positivos, en donde se busca la relación causal entre la acción del sujeto y el resultado lesivo, estas teorías buscan la misma causalidad en la omisión. Luden explica la equivalencia de la siguiente manera:

“mientras se omite, debe necesariamente haberse hecho algo distinto, y esto debe haber sido siempre una acción positiva, sea la mera contemplación o haber

permanecido en un lugar alejado. Y esta acción positiva es entonces la causa exclusiva del resultado delictivo”<sup>2</sup>

Krug y Glaser, quienes trasladan la causalidad a la conducta previa del sujeto, proponen la punibilidad de la omisión en dos supuestos. El primero sería la existencia de una acción previa creadora de una condición peligrosa, la cual genera el daño o lesión de un bien. El segundo supuesto serían las acciones previas que generan una confianza en terceras personas. Tal confianza radica en la intervención futura para evitar un resultado dañoso, razón por la cual los terceros se exponen a escenarios peligrosos. (Requena, 2010, p. 34)

Siguiendo con la causalidad, encontramos la teoría de la interferencia planteada por Binding, en donde la causalidad entre la omisión y el resultado está al reprimir la voluntad de intervenir y evitar la lesión de un bien.

Rohland, Bar y Köhler, al trasladar el tema de la equivalencia a la antijuridicidad, y haciendo referencia a un concepto de causalidad modificado por la incorporación de elementos normativos, concuerdan en que la causalidad de la omisión dependerá de la existencia de una acción esperada, la cual ha sido omitida. Sin embargo, como plantea Requena (2010) “...las diferencias de puntos de vista se encontrarán justamente a la hora de determinar cuál es el criterio del que puede [sic] derivarse si la acción se esperaba o no” (p. 39). En este sentido, los criterios deberán ser: el ordenamiento jurídico, la injerencia del autor, y el deber asignado por la sociedad. Estos criterios concuerdan con el que Feuerbach planteó en un inicio. Sostuvo la necesaria existencia de un deber jurídico previo en la obligación de actuar.

---

<sup>2</sup> Luden, *Abhandlungen aus dem gemeinen Teushen Strafrecht*, Gotinga, 1840, T. 2, p. 219. Citado en: Requena, J. (2010), Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva, Madrid, Editorial Dykinson S. L., p. 34

Johanes Nagler propone buscar el fundamento de la equiparación entre acción y omisión en la tipicidad. Su principal aporte consiste en identificar la posición de garante como elemento implícito en los tipos omisivos, necesario para que funcione la equiparación del hacer positivo y negativo basados en una relación de deber. A él le corresponde el deber de evitar la lesión de un bien jurídico. Dicho deber emana de la misma norma prohibitiva que caracteriza a los tipos comisivos, porque para Negler, los delitos comisivos se pueden cometer mediante acción y también por omitir un deber secundario traducido en la defensa del bien jurídico. En otras palabras, la prohibición de dañar el bien jurídico también implica el deber que tiene el garante de protegerlo.

Si bien estas teorías fueron mejoradas con posterioridad, lo importante es el aporte de nuevos conceptos como acción previa creadora de peligro, acción esperada, deber jurídico de actuar. Sin embargo, es la aparición de la posición de garante la que proporciona los pasos firmes para un reproche penal al empresario. Los siguientes capítulos enfocaran el esfuerzo con miras a desarrollar esta figura.

## CAPITULO II

### DELITOS DE OMISIÓN Y POSICIÓN DE GARANTE

#### I. Concepto de omisión

El Diccionario de la Lengua Española (1992) define la omisión como: “Abstención de hacer o decir. // 2. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. // 3. Flojedad o descuido del que está encargado de un asunto” (p.1046).

No todas las abstenciones conllevan una omisión en sentido penal, siendo ése el que nos concierne. La definición que brinda el Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot (1993) expresa claramente el concepto de omisión que deseo plantear: “Abstención de actuar. *Inactividad frente al deber o conveniencia de actuar*” [cursivas añadidas] (p.634). Se agrega el deber de actuar como un elemento adicional.

Son significativas aquellas omisiones que, al igual que en los actos positivos o de comisión, tengan relevancia para el derecho penal por la obligación que impone. La simple omisión no reúne los requisitos que se requieren para que este tipo de conducta alcance tal trascendencia, es necesario que la conducta omisiva sea el resultado de la abstención del deber de actuar. Tal deber consiste en la ejecución de una acción determinada para evitar que se produzca un daño, encontrando su parámetro en el tipo o la conducta seleccionada por el legislador en la norma.

La Enciclopedia Jurídica Latinoamericana (2006) expone lo siguiente: “De éste universo, las únicas actividades e inactividades que legitiman la intervención legislativa penal y, por lo mismo, pueden ser materia de prohibición penal, son aquellas que poseen la propiedad de antisocialidad.” (p.56).

Debemos entender que las acciones con propiedad de antisocialidad son aquellas que afectan, causan un perjuicio o lesión a los bienes individuales o colectivos, cuya protección es necesaria para hacer llevadera la convivencia en sociedad.

En consecuencia, por omisión debemos entender aquella inactividad o postura pasiva del sujeto ante la obligación de ejecutar actividades tendientes a evitar la lesión de un bien jurídico determinado. Todo lo anterior nos introduce en el desarrollo de los delitos de omisión. A diferencia de los delitos de comisión (acción positiva), consisten en la no realización de una conducta que la ley penal ordena ejecutar. Estos delitos aparecen en la ley como un mandato.

## **II. DELITOS OMISIVOS**

En los códigos penales aparecen dos clases de tipos: los de acción o comisión y los de omisión, entendiendo por tipo conductas descritas en la ley penal. En los primeros encontraremos normas que prohíben realizar conductas determinadas, por lo tanto, cometerá delito quien realice el comportamiento vedado. Estamos frente a los casos de homicidio, robo, en donde la norma prohíbe ejecutar acciones como matar y robar respectivamente. En cambio, en los tipos de omisión, el delito es cometido cuando el individuo se abstiene de realizar la conducta descrita en la norma, como por ejemplo: el padre que prescinde de brindar alimentos al hijo omitiendo el deber de hacerlo. Esto se debe a que, a diferencia de los comisivos, los tipos penales omisivos se caracterizan por contener un mandato u orden, son normas penales que obligan al individuo a ejecutar una conducta descrita en ella y así proteger bienes jurídicamente relevantes.

Las normas de tipos omisivos se caracterizan por aparecer, en los códigos penales, como un mandato. La norma penal imperativa obliga al individuo a adecuar su conducta al tipo (conducta esperada por el legislador y descrita en la norma) evitando así la lesión de un bien jurídico.

Enrique Bacigalupo (1998) al señalar que: "... la dogmática penal distingue dos tipos penales según se expresen en la forma de la infracción de una prohibición de hacer o en la forma de una desobediencia a un mandato de acción..." (p. 223).

El código penal español advierte en su artículo 10 esta posibilidad al señalar que "son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". Adecuadamente, el código penal español ha plasmado y actualizado el concepto de delito a las realidades existentes.

Los delitos omisivos presentan dos variantes: la omisión pura y la omisión impropia.

#### **A) Omisión pura o delitos de omisión propia**

Todo lo desarrollado antes sobre los tipos omisivos es lo que la doctrina denomina delitos de omisión propia o pura. Aparecen como una simple inactividad ante la orden de actuar descrita en el tipo penal de carácter imperativo. Tienen como principal característica el estar descrita en el articulado penal, es decir, la tipicidad.

Es necesario que concurren tres situaciones específicas para que se consuman estos delitos: una situación típica que genere el deber de actuar, que el sujeto no realice la acción ordenada por la norma y la posibilidad fáctica de realizarla. Como ejemplo del primer requisito citaré el artículo 108 del Código Penal Argentino:

Artículo 108: “Será reprimido con multa de \$750 a \$12.500, el que encontrando perdido o desamparado a un menor de 10 años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.”

Cualquiera de los tres supuestos citados (el hecho de encontrarse a un menor de 10 años perdido o desamparado, o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera) ilustra la situación típica generadora del deber de actuar. El sujeto activo o ejecutor es indeterminado, ya que no contiene una característica o condición que lo especifique.

Lo contrario se advierte en el artículo 243 del mismo Código Penal, al definir como posibles sujetos activos el testigo, el perito o intérprete legalmente citados.

Artículo 243: “Será reprimido con prisión de 15 días a 1 mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva...”

La segunda situación a concurrir es que el sujeto no realice la acción ordenada por la norma. La conducta realizada por el obligado y la conducta ordenada en la norma, generadora del deber, deben coincidir. De lo contrario, la omisión cumplirá con el segundo supuesto para ser considerada delito. En el caso del citado artículo 108 del código penal argentino cometerá el delito quien no auxilie o de aviso a la autoridad.

Por último, se requiere de una posibilidad fáctica de realizar la orden impartida en la norma. Para poder exigirle al sujeto la ejecución de la conducta ordenada en la norma penal es necesario que cuente con la capacidad para hacerlo. El sujeto debe poder advertir la situación generadora de la obligación, contando con el conocimiento y los medios adecuados para realizarla.

**B) Omisión impropia o comisión por omisión:**

Las realidades sociales han desnudado la incapacidad que presentan las normas penales para hacerle frente a nuevas realidades sociales y jurídicas. Tanto los tipos prohibitivos como los tipos preceptivos no llegan a regular aquellas actitudes pasivas de quien está obligado a impedir la lesión de un bien jurídico protegido por una norma prohibitiva. Como explica Novoa Monreal (1984), la práctica del derecho penal permitió observar que existen otras omisiones que, a diferencia de las omisiones propias reguladas por normas de mandato, permitían que resultaran lesionados bienes jurídicos protegidos por normas jurídicas prohibitivas destinadas a impedir dicha lesión (p. 119).

Esta clase de conducta omisiva consiste en abstenerse de ejecutar actos tendientes a evitar la producción de un resultado lesivo. El resultado lesivo a evitar debe ser un delito de comisión. Bacigalupo (1998) define el delito de omisión impropia como: "...las infracciones no tipificadas del deber de impedir un resultado de un delito de comisión (tipificado)" (p. 228)

En este sentido, los delitos de omisión impropia son aquellos en los que el individuo omite realizar las acciones necesarias para evitar la consumación de un delito de comisión, y que tales abstenciones no han sido tipificadas en la ley penal, o dicho de

otro modo, que no se cuenta con una norma penal que obligue al individuo a actuar de acuerdo a las expectativas sociales.

Es diferente al tipo omisivo propio en donde la norma ordena realizar una conducta determinada y cuya omisión representa el hecho delictivo en sí. El tipo impropio de omisión no cuenta con norma penal alguna que le ordene al sujeto realizar un acto determinado, lo que se juzga aquí es la posibilidad que tuvo el individuo de realizar una conducta esperada, evitando la lesión de un bien jurídico.

El imputado no realiza, por medio de acciones propias, la conducta descrita y prohibida en la norma. Como sostiene Soler (1987): "... el delincuente sustituye su actividad por la eficacia causal de fuerzas exteriores..." (p. 383). Sin entrar a analizar la causalidad en la omisión, se entiende que el sujeto tiene conocimiento de lo que acontece, mas no influye en la acción, ya que no es necesaria para que al final se dé el resultado perjudicial que la sociedad pretende evitar.

Definida la omisión impropia, encontramos las siguientes diferencias respecto a los delitos propios de omisión:

- Respecto a la tipicidad: Los delitos propios de omisión encuentran en la norma penal un mandato que obliga a actuar al individuo que se encuentre en una situación determinada y así evitar la lesión de un bien jurídico. Por su parte, las omisiones impropias no cuentan con un tipo o norma penal que las describa.
- Respecto al tipo de norma vulnerada: los delitos de omisión propia incumplen normas de mandato o preceptivas, mientras que con los delitos impropios de omisión se infringen normas prohibitivas.

- Posición de garante: esta diferencia hace referencia a un elemento característico solo en los delitos de omisión impropia, en donde la persona que se encuentre en esa posición es merecedor del reproche penal. Los delitos de omisión propia no necesitan de la concurrencia de él para la eficacia del reproche, basta con que la persona encaje en la descripción de la norma genérica de mandato.

Se puede deducir que la omisión del acto esperado (evitar el resultado delictivo) equivale a la comisión del delito que no se evitó. Anteriormente eran llamados delitos de comisión por omisión, ya que los concebían como delitos activos cuya manera de cometerlos era por medio de una conducta omisiva. (Zafaroni 2008, p. 447)

### **B.1) Elementos de tipo objetivo**

- Situación generadora del deber

En los delitos de omisión propia es más sencillo encontrar la situación generadora del deber, ya que aparece descrita en la norma penal. En el Código Penal Argentino describe en el artículo 108 situaciones generadoras del deber al señalar las siguientes: “...el que encontrando perdido o desamparado a un menor de 10 años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario...”

Sin embargo, respecto a los delitos de omisión impropia, se requiere un examen exhaustivo. Como señala Terragni (2001), “... el destinatario de la orden tiene que realizar un ejercicio intelectual más intenso: advertir que un bien jurídico ajeno,

verbigracia, la vida o el medio ambiente, se encuentra en peligro y que es él quien tiene la obligación de salvarlo.” (p. 189).

La situación apropiada y generadora de un deber no es más que aquella que contiene un riesgo para determinados bienes jurídicos. Recordemos que al definir el delito de omisión impropia se manifestó que el sujeto, al abstenerse de actuar, no evita la lesión de un bien jurídico y precisamos que esa lesión corresponde a un delito de comisión. Entonces, la situación que genera el deber de actuar es todo el escenario, previo a la consumación de un delito de comisión, con características de peligrosidad para bienes jurídicamente relevantes.

Aquel escenario que se perfile con la intención de dañar un bien jurídico protegido por la norma penal es al que se le denomina situación generadora de un deber. Esto es así porque obliga a determinado sujeto, al que ocupe la posición de garante, evitar el perjuicio.

- Ausencia de acción esperada

Es la ausencia de acción lo que caracteriza a los delitos omisivos. Respecto a los delitos de omisión impropia, se espera que al presentarse un peligro o riesgo para un bien jurídico (situación generadora de un deber) se impida o evite tal acontecimiento. En este caso, la omisión no es simplemente ausencia de acción, es la pasividad ante la obligación de ejecutar una acción determinada y esperada. El resultado de esta inactividad es la producción de un delito.

- Capacidad de realizar la acción esperada

El omitente debe tener la capacidad intelectual y corporal de realizar la conducta ordenada y evitar el resultado típico. Por capacidad intelectual me refiero a la posibilidad de entender que se encuentra en una situación especial la cual le genera una obligación de actuar y exigible al común de las personas. Habrán situaciones en las que se requiera una aptitud idónea o conocimientos especiales, tal es el caso de los bañeros cuyo trabajo es velar por la seguridad de los bañistas. El reproche dependerá de la naturaleza de la situación típica y de la acción esperada. Además, el obligado debe contar con total libertad corporal o de movimiento para ejecutar la conducta esperada.

El Magistrado de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dr. Riggi, confirmó la necesidad de esta condición en la causa número 4517 del 9 de diciembre del 2003; así exteriorizaba su voto:

“...En el caso en estudio se responsabiliza penalmente al imputado después de reconocer que éste no estaba en condiciones de cumplir con las tareas que le correspondían, lo cual equivale a admitir su falta de "capacidad de evitación" de la lesión al bien jurídico implicado; concepto que es, precisamente, una de las condiciones necesarias e ineludibles exigidas terminantemente -junto con la posición de garante y la producción del resultado- en el marco de la teoría de la imputación objetiva para asignar al imputado responsabilidad penal en delitos de comisión por omisión...”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> CNCP, sala III 9/12/2003, causa 4517, reg. 750.03, D'Aquila Natalio.

- **Posición de Garantía**

Es aquí donde aparece la posición del garante. Todo lo anterior carece de relevancia si la persona que se encuentra frente a una situación generadora de un deber, con capacidad de realizar los actos necesarios para evitar un resultado lesivo, no es un garante obligado a tal fin. A pesar que se debaten diversos criterios para adjudicarle a un sujeto la posición de garante, lo importante es asimilar que el reproche penal por la comisión de delitos de tipo prohibitivo debe estar dirigido a una persona determinada.

### **III. POSICIÓN DE GARANTE**

Escudriñando en los delitos de omisión impropia, se reveló la figura del garante como elemento necesario e indispensable. Entendiendo que el garante es el obligado a evitar la lesión de un bien jurídico, y que la omisión de actos necesarios para cumplir con tal obligación equivalen a la comisión misma del delito, corresponde preguntarse: ¿quién debe asumir la posición de garante entre todos los sujetos que puedan protagonizar una situación típica o perjudicial para los bienes jurídicos?, y específicamente ¿quién es el garante entre todos los que conforman la estructura de la empresa?

Entre las teorías más relevantes que tratan de resolver ésta interrogante se encuentran las siguientes:

#### **A) Teoría formal de fuentes del deber**

Como vimos al abordar el tema de la equivalencia entre acción y omisión (Feuerbach, Rohland, Bar y Köhler), el deber de actuar provenía de una orden con

fundamento jurídico. Ahora bien, acordado que existe una orden jurídica que fundamenta el deber de actuar o la acción esperada, ¿dónde debemos buscarla? Algunos autores sostienen que dicha fuente de obligación están en el ordenamiento jurídico general. .

Orts (1978) aclara que: “las reglas fundamentadoras del deber no necesitan pertenecer al derecho punitivo y hay que buscarlas en la totalidad del orden jurídico.” (p. 78). Criterio parecido mantiene Reátegui (2002) al señalar que la posición de garante surge de la ley “... tanto en su carácter formal (Poder Legislativo) como en su sentido material como: decretos leyes, reglamentos, resoluciones gubernamentales, etc.” (p. 66).

Tales juicios encuentran su justificación en la finalidad que comparten las normas jurídicas independientemente de su naturaleza, buscan la sana y pacífica convivencia en sociedad.

El juicio de la sala VI de la Cámara Nacional del Crimen, respecto a esta fuente, es semejante a las opiniones arriba expuestas, y en relación al proceso seguido al director y al responsable de un establecimiento geriátrico señaló lo siguiente:

“...Todo esto se enmarca en una situación de irregularidad de la que da cuenta el informe realizado por la Secretaría de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, donde se dejó constancia de historias clínicas desactualizadas, carencia de registro de la provisión de medicamentos [sic]; inexistencia de un menú de alimentación para cada paciente, etc. (...) tanto ..., en su calidad de director del establecimiento residencial, como ..., en su carácter de responsable del lugar, estaban en conocimiento de las condiciones físicas en que se encontraba quien en vida fuera ... pero omitieron brindarle la atención que su estado de salud requería. ...(...) la ley 17.132 señala que los médicos están obligados a "asistir a

los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, le sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente" (artículo 19 inciso 2º), lo cual como se observa no habría ocurrido. Aún, cuando el establecimiento geriátrico no sea un centro hospitalario o sanatorial, la Ley 661 de la Ciudad de Buenos Aires, establece que "Son considerados Establecimientos Residenciales para personas mayores las entidades que tienen como fin brindar servicios de alojamiento, alimentación, higiene, recreación activa o pasiva y atención médica y psicológica no sanatorial a personas mayores de 60 años, en forma permanente o transitoria, a título oneroso o gratuito" (artículo 6).... se encuentra delimitada la posición de garante de ... respecto del cuidado de .... Su actuación como director médico y por su profesión, independientemente de las irregularidades constatadas en las historias clínicas, no se limitaba a prescribir tratamientos que debían ser cumplidos por personal no idóneo, sino tomar todas aquellas medidas necesarias para la correcta atención del paciente. .... Iguales consideraciones cabe efectuar respecto de ..., ya que como responsable del establecimiento geriátrico, no podía desconocer que ... se encontraba alojada en un cuarto ubicado en la terraza del inmueble, sin baño, atendida por personal no idóneo, desnutrida, deshidratada y con escaras que comprometían músculos y proferían mal olor; máxime cuando las personas alojadas eran trece, número que permitía conocer las condiciones en que se encontraban cada una. (...) surge claramente de la Ley 661 ya mencionada, en cuanto establece que "Es responsabilidad del Director/a garantizar la mejor condición bio-psico-social de los residentes y usuarios de los servicios que se brindan en el establecimiento, en la admisión, permanencia y derivación. El Director/a es responsable solidariamente

con el titular del establecimiento en el cumplimiento de las obligaciones expresadas en el presente ordenamiento y de cualquier otra normativa reglamentaria o complementaria que se dicte" (artículo 7). (...) el Tribunal RESUELVE: Confirmar... en cuanto decreta el procesamiento de... y ... por considerarlo prima facie coautores penalmente responsables del delito de abandono de persona seguido de muerte ...(...)"<sup>4</sup>

Con todo, podemos incluir dentro de ésta teoría las obligaciones o mandatos procedentes de leyes que regulan las relaciones de familia. Los padres son garantes de la vida y salud de sus hijos; los segundos, llegado el momento, se convierten en garantes de la salud de sus padres. Así lo establece el Código Civil Argentino en los artículos 265 y 266.

Art. 265 “Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no solo con los bienes de los hijos sino con los suyos propios.”

Art. 266 “Los hijos deben obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados están obligados a cuidarlos en su ancianidad e en estado de demencia o enfermedad y a proveer a sus necesidades...”

En el caso del artículo 265, además de definir quién es el garante se establece la forma de realizar tal obligación, es decir, el deber de alimentar a los hijos menores conforme a su condición y fortuna.

---

<sup>4</sup> Citado tal cual aparece en la referencia digital de la Cámara nacional del Crimen: CNCCorr, sala VI, 7/12/2007, causa 33685, Campillay Oscar G. y otros.

Existe un pronunciamiento jurisprudencial sobre esta obligación y la posición de garante que genera el artículo 266:

“...Abandonar, conforme la letra de la ley, consiste en que el autor - que tiene una especial posición jurídica con respecto a la víctima-, la deje privada de los auxilios o cuidados que le son imprescindibles para mantener la integridad de su salud, cuando ella no puede suministrárselos y en situación en que normalmente no es posible que se lo presten terceros; no basta la mera separación espacial entre el autor y la víctima, sino que es necesario, que se ponga en peligro efectivo a la salud o vida de ésta. Autor de este delito no puede ser cualquier persona; sólo pueden serlo aquellos que tienen un especial deber de cuidado. En otras palabras, autor es quien ocupa una "posición de garante". El artículo 266 del Código Civil claramente establece que los hijos tienen el deber de cuidar a los padres en su ancianidad o en estado de demencia o enfermedad, y a proveer sus necesidades, en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios. No hay duda, así, que el incuso revestía -respecto de su madre-, una especial posición jurídica que le imponía evitar la privación, aun en forma temporaria, de los debidos y necesario cuidados para subsistir y que su omisión, conforme surge de los exámenes médicos practicados, ha ocasionado un concreto peligro para la salud de la víctima. Por tanto, si ha quedado acreditado que la víctima (madre del imputado), era una persona de avanzada edad, incapaz de valerse por sí sola, así como sus sucesivas caídas, debe confirmarse su procesamiento en orden al delito de abandono de persona calificado (art. 106, primer párrafo y art. 107 del C.P.)...”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> CNCCorr, sala V, 17/3/2003, causa 20696, Zajaczkowsk Estanislao.

La teoría formal también consideraba a los contratos como fundamento de la obligación de proteger un bien jurídico. La posibilidad de que se declare nulo un contrato, y con ello se elimine la obligación de garante, incitó a que se replanteara la denominación de esta fuente. Surge entonces una nueva concepción: la aceptación voluntaria. Basta la manifestación unilateral del sujeto, escrita, verbal, tácita, para que asuma la posición de garante. Lo que se pretende evitar es la exigencia de formalidades que con su ausencia provoquen nulidades. Un ejemplo de los deberes generados por dicha fuente es el que recae sobre los bañistas, profesores de natación, guías turísticos, etc. El sujeto acepta reducir el riesgo de una actividad, y a la vez, genera una confianza en las personas que la practican.

Esta fuente generadora de la posición de garante es reconocida en la causa número 33.697, del 31 de mayo de 1996, Sala V, de la Cámara Nacional del Crimen:

“...Si bien no ha podido acreditarse la existencia, por parte de la imputada de maniobras abortivas sobre el cuerpo de la víctima, su conducta configura el delito de homicidio culposo, pues, en su calidad de obstetra, tenía a su cargo la guardia de la paciente, debiendo reprochársele penalmente el deceso acaecido, producto de su actuar omisivo, consistente en la no derivación inmediata a un centro asistencial luego de que la víctima sufriera, según los dichos de la encausada, un "aborto espontáneo". Pues si bien es cierto, que dada la condición de obstetra de la imputada no podía exigírsele el comportamiento propio de un médico clínico, no puede soslayarse la circunstancia de que fue la propia encausada la que adoptó esa posición jurídica, pues "quien asume voluntariamente un riesgo, se convierte en garante, en la medida que con ello cree o aumente un peligro para otro"...

Con el afán de aclarar y cumplir con el rigor de la legalidad que caracteriza al derecho penal, y no dejar solo a criterios doctrinales de equivalencia la justificación de un deber de actuar por parte del garante en los delitos de omisión impropia, países como Alemania y España han adecuado legislación penal a ésta realidad.

El párrafo 13 del código penal alemán señala:

“Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, sólo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y cuando la omisión se corresponda con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa...”

Respecto a la equivalencia de la omisión con la acción, el artículo 11 del código penal español aclara lo siguiente:

Artículo 11.

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

Países latinoamericanos, seguido ese ejemplo, han incorporado en la Parte General de sus códigos penales artículos parecidos. Podemos destacar los siguientes:

Código Penal Colombiano:

Artículo 25: "...Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1.- Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

2.- Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

3.- Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

4.- Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente."

Código Penal Panameño:

Artículo 17. "El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando se incrimine el hecho en razón del resultado producido, también lo realiza quien tenía el deber jurídico de evitarlo y no lo impidió pudiendo hacerlo."

Código Penal Peruano:

Artículo 13. "El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para impedirlo.

Si la omisión corresponde a la realización de un tipo penal mediante un hacer."

## **B) Teoría funcional de Kaufmann**

Toma como punto de inicio la relación del sujeto (garante) con un bien jurídico. A partir de allí, se derivan dos funciones del garante: el deber de proteger un bien jurídico y el deber de controlar una fuente de peligro.

Respecto al primer deber, protección de un bien jurídico, se derivan 3 funciones:

- La función de garante derivada de una vinculación familiar. Evidente en la relación entre padres e hijos.
- La función de garante por asunción voluntaria. Se trata de la aceptación voluntarias para asumir la función de protector de un bien jurídico determinado. Tal es el caso del deber que asume la niñera como garante de la integridad del menor que se le confía, o del bañero respecto a la integridad física de los que acuden al balneario.
- La función de garante por la existencia de una comunidad de peligro. Se comparte el riesgo, entre los ejecutantes o compañeros, que implica la práctica de cierta actividad, como puede ser el caso de alpinistas, navegantes, etc.

Dada la fundamentación material de esta teoría, y a diferencia la teoría anterior, no se necesita de formalidades para asegurar la licitud del deber de evitar el daño por parte del garante. Así las cosas, se identifica la figura del garante en quien ha asumido fácticamente tal función, por lo cual, lo importante es la unión material entre el agente y el bien jurídico” (Cúneo Libarona, 2011, p. 83)

Del deber de control de las fuentes de peligro también se derivan otras 3 funciones:

- Función de controlar las fuentes de peligro por un actuar precedente.
- Función de controlar las fuentes de peligro por estar bajo su dominio
- Función de controlar las fuentes de peligro por conductas de terceras personas.

Existe dificultad para establecer una fuente única que justifique el deber de actuar del garante. Hemos evidenciado normas penales y jurisprudencias inclinadas a satisfacer las posiciones doctrinales y acabar con los vacíos en este tema.

Sin embargo, y encaminándonos al tema que nos ocupa, consideramos a la teoría funcional como una de las bases para acreditar la responsabilidad penal del empresario. Especial atención nos merece la función de controlar las fuentes de peligro. Sobre todo porque, como veremos más adelante, la empresa y sus actividades, son fuentes de peligro capaz de poner en riesgo los bienes jurídicos. De manera tal, que dedicaremos el siguiente capítulo a los aspectos que resulten relevantes para tal fin, además de criterios doctrinales que mejoran sus postulados.

## **CAPÍTULO III**

### **EL RIESGO, EL EMPRESARIO COMO GARANTE Y LA IMPORTANCIA DE LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL**

Todo lo expuesto en el capítulo anterior nos permite partir con la premisa que: es a través de los delitos impropios de omisión, o también llamados de comisión por omisión, que podemos iniciar un reproche penal al empresario por las actividades relacionadas a la empresa. Todo porque consideramos que es el empresario (director, administrador, presidente) quien carga con la obligación, al menos originalmente, de servir como garante. Sin embargo, no es suficiente agotar el análisis solo en los delitos de omisión impropia y la posición de garante. Es por eso que en este capítulo nos esforzaremos en justificar el deber del empresario como garante por el riesgo creado en por la empresa.

#### **I. La creación del riesgo como factor en la imputación**

La vida en sociedad requiere de actividades que, en su desarrollo, contienen implícito un riesgo o peligro para los bienes protegidos por el derecho. Tal es el caso de conducir un automóvil o servir alimentos en un restaurante. Al conducir un auto ponemos en riesgo la integridad de los peatones y los demás conductores, ya que existen probabilidades de que pierda el control, fallen los frenos, entre otros casos. Sucede lo mismo cuando en un restaurante se sirven alimentos, pues si no se preservan y elaboran los alimentos correctamente se pueden causar daños a la salud de los clientes. La interacción social requiere de esos y otros tipos de riesgos que han sido tolerados por la sociedad por el beneficio que conllevan y la convivencia con ellos a través del tiempo.

Es con Roxin, y su elaboración del principio del riesgo, que cobra fuerza la creación y disminución del riesgo como factor determinante en la imputación objetiva. Sostiene que:

“La imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados:

- a) Un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.
- b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo.”<sup>6</sup>

Aparecen en el análisis dos conceptos que merecen atención. Por un lado tenemos el riesgo permitido, que como adelantamos, es todo aquel implícito en las actividades que realizamos en sociedad, con el potencial de perjudicar bienes jurídicos que atesora, pero que ha sido neutralizado y adaptado a la convivencia social. Por otro lado está el riesgo jurídicamente desaprobado, el cual nace en el momento en que se omitió reducir los riesgos de una actividad determinada.

Con relación al riesgo permitido, Jacobs (1998) apunta lo siguiente:

“En lo que se refiere a la concreción del riesgo permitido, lo más adecuado es comenzar con una determinación negativa, puesto que ésta es la más exacta: deja de estar permitido aquel comportamiento que el Derecho mismo define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo

---

<sup>6</sup> Citado tal cual aparece en: Imputación objetiva y antijuridicidad. Compilación y extractos de Fernando Quinceno Álvarez, editorial Jurídica Bolivariana, 2002, 1ra edición, p. 134

amenaza de pena o de multa. A través de la creación de la prohibición de puesta en peligro - que es al menos de carácter abstracta -, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado...” (p. 53)

Se puede concebir como riesgo socialmente permitido toda conducta o actividad del hombre, potencialmente lesiva o peligrosa, que ha sido adecuada, al disminuir su capacidad de lesionar bienes jurídicos, a la vida en sociedad. Hecho tal ajuste, la actividad presentará más beneficios que los potenciales perjuicios.

Se destaca entonces la existencia de riesgos implícitos en cada actividad del ser humano, que originalmente son desaprobados. Son aquellas actividades que conllevan un peligro para los bienes jurídicos que la sociedad atesora. El potencial que tienen estas actividades, de poner en peligro los bienes jurídicos, las hacen relevantes para el derecho penal. La adecuación o disminución de su peligrosidad, junto a los beneficios que aportan, los hacen tolerables; es decir, pasan de ser riesgos jurídicamente desaprobados a socialmente permitidos.

Existen procedimientos que reducen el riesgo que cada actividad conlleva, transformándolas en riesgos socialmente permitidos. Así las cosas, al aprobar los exámenes de manejo, obtener la licencia que habilita conducir un auto, mantener el auto en buenas condiciones y hacerlo revisar periódicamente por personal idóneo, se reduce el riesgo que caracteriza la actividad de conducir y la transforma en un acto con un riesgo socialmente permitido.

El empresario y su actividad no escapan de ser medidos bajo este criterio. Toda empresa, cualquiera que sea su naturaleza debe cumplir con las normas que regulan su especial actividad. Tales normas lo que procuran es reducir las fuentes de peligro en el

ámbito de la empresa para transformar el riesgo original en un riesgo socialmente permitido. Tal responsabilidad recae sobre el empresario, por ser la persona que ejerce cierto poder de disposición o dominio sobre estas fuentes de peligro.

Si bien hemos considerado la teoría de las funciones y el principio del riesgo como punto de partida para justificar un reproche penal hacia el empresario por la omisión del deber de garante, también hemos aclarado la dificultad de encontrar, por más esfuerzos doctrinales desarrollados, una teoría absoluta capaz de resolver todos los dilemas que acarrea tal esfuerzo. Por tal razón, como se ha podido apreciar, nos hemos apoyado en las bondades de la teoría formal para encontrar los indicios del deber de garante que tiene el empresario por los riesgos creados por la actividad de su empresa.

En este sentido, y sin temor a ser eclécticos, podemos encontrar en las normas que regulan la actividad empresarial el eslabón que complete la premisa. Existen distintos tipos de regulaciones para cada actividad empresarial, cuya intención es reducir los riesgos y peligros que generan la actividad que regulan. En su estricto cumplimiento está depositada la confianza de la sociedad, por lo cual los riesgos generados son tolerados por ésta.

Agustina Sanllehí (2010), apunta en esta dirección al afirmar que:

“La normativa reguladora de un sector de actividad será, por tanto, indicio de la existencia de un deber de garante. El legislador hará bien en regular los deberes de prevención respecto de los peligros inherentes a cada tipo de actividad empresarial...” (p. 176)

Con todo, es el peligro creado por la actividad de la empresa y la consecuente lesión a bienes jurídicos lo que acredita lo que sustenta el reproche penal al empresario si éste no se esforzó en disminuir el riesgo.

Así lo ha adelantado Roxin al sostener, respecto a la exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo, que: “ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima...”<sup>7</sup>

En este sentido, en lo correspondiente a la imputación, es importante el dominio que se tenga respecto a la fuente de riesgo. Agustina Sanllehí (2010, p. 171), al fundamentar la posición de garantía del empresario en el deber de controlar determinadas fuentes de peligro en la esfera de la organización, pondera la importancia del dominio funcional del riesgo al citar lo siguiente:

“Así, en la STS de 28-03-2002 (ponente Aparicio Calvo-Rubio), en un caso de delito contra el medio ambiente - art. 325 CP-, se invoca el deber del empresario de controlar las fuentes de riesgo. En sus alegaciones, el administrador único de la empresa adujo que no existía ninguna prueba que acreditara la autoría material en la realización de los vertidos contaminantes o, al menos, que él mismo los ordenara o consintiera por lo que, en definitiva, fue condenado en una especie de responsabilidad objetiva por ser el representante de la empresa. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que el acusado no solo era el gerente de la empresa, sino que siempre ejerció plenamente todas sus competencias como administrador único –como el mismo reconoció en el juicio oral-; era efectivamente el único que

---

<sup>7</sup> Citado tal cual aparece en: Imputación objetiva y antijuridicidad. Compilación y extractos de Fernando Quinceno Álvarez, editorial Jurídica Bolivariana, 2002, 1ra edición, p. 135

podía autorizar los vertidos tenía el dominio funcional del hecho y el control real y efectivo del funcionamiento de la fábrica, incluido el ámbito en el que se realizó la actividad delictiva, que no puede quedar impune por haberse realizado bajo el manto de una persona jurídica (STS 29-11-97 y STS 17-03-98). Tenía en suma, el deber de control de las fuentes de riesgo, que están bajo su responsabilidad y dominio directo y se debió situar en una posición de garante para que el peligro no se produjera (Fj 3, STS de 28-03.2002)”

El punto de partida para la responsabilidad penal del empresario, como garante, se encuentra en el riesgo creado por la actividad empresarial. En principio, tal actividad contiene un riesgo controlado por las normas que la regulan, y la desobediencia de dichas normas provoca la desaprobación de ese riesgo por su potencial peligro para los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. De allí, que la sociedad espere una conducta del empresario como garante y protector de sus bienes jurídicos. La conducta esperada es, en principio, el cumplimiento de las normas reguladoras de la actividad a la que se dedica la empresa, para con esto, ejercer el control y reducir el riesgo inherente a la naturaleza de la empresa.

Así las cosas, para imputarle objetivamente la lesión de un bien jurídico al empresario, es necesario que concurran en el mismo escenario los siguientes sucesos:

- 1) La creación de un riesgo producto de la actividad de la empresa.
- 2) La omisión en cuanto al cumplimiento de las normas que procuran la adecuación del riesgo que provoca la empresa a uno socialmente permitido (conducta esperada por la sociedad por considerarlo garante).
- 3) El dominio funcional de la fuente de peligro.

- 4) Que todo lo anterior concorra en la lesión de un bien jurídico penalmente protegido.

Así lo ha entendido Cúneo Libarona (2011) cuando, al explicar el principio del riesgo de Roxin, expone que "...el resultado lesivo debe ser consecuencia inmediata del riesgo jurídicamente desaprobado causado por la acción u omisión del garante" (p. 117)

Lo anterior cumple con la necesaria concurrencia de elementos objetivos que caracterizan a los delitos de omisión impropia. Como hemos adelantado, aquel escenario que se perfila con la intención de dañar un bien jurídico protegido por la norma penal es al que se le denomina situación generadora de un deber. Así, la potencial lesión de un bien jurídico por el riesgo jurídicamente desaprobado, creado con la actividad empresarial, guarda relación con el primer elemento de tipo objetivo: la situación generadora del deber mencionada en los delitos de omisión impropia.

Sumado a lo anterior, se debe evidenciar la ausencia de una acción esperada. Respecto al tema que nos ocupa, esto se constata cuando el empresario no cumple con las normas que regulan la actividad. Tales normas lo que procuran es disminuir el peligro o riesgo que representa la actividad para la sociedad. En consecuencia, omitir los deberes que la sociedad le asigna, para reducir el riesgo y evitar futuras lesiones, es lo que sustenta el reprocho al empresario. Evidentemente, también debe acreditarse la capacidad de poder cumplir con estos deberes.

Por último, consideramos que la posición de garantía le corresponde al empresario por ser, en principio, quien mantiene en su poder toda información relacionada con la actividad empresarial. Además mantiene un dominio y control original sobre las fuentes de riesgo.

No está de más recalcar que tanto el riesgo jurídicamente desaprobado como la omisión de las obligaciones tendientes a reducir el riesgo, y con esto, evitar un daño, deben guardar estrecha relación con el resultado típico. La conducta imprudente (omitir las obligaciones dadas por las normas ambientales, tributarias, administrativas, etc., para reducir el riesgo y evitar daños a bienes jurídicos) por sí sola no es suficiente para el reproche penal, se necesita que producto de ella, aflore un resultado lesivo.

## **II. La Organización y Estructura en la empresa**

### **A) Concepto**

El buen funcionamiento de una empresa depende de una correcta organización, para ello, se necesita identificar las principales actividades que debe desarrollar la empresa con el propósito de alcanzar sus objetivos, clasificarlas y agruparlas según las características. Posteriormente, corresponde hacer una distribución de esas actividades de manera que se eliminen las confusiones e incertidumbres respecto a quién y quienes deban realizarlas. Es preciso desarrollar un modelo de trabajo tendiente a canalizar sus recursos en busca de resultados eficientes.

Consciente o inconscientemente, se elabora un sistema de trabajo caracterizado por la división y especificación del trabajo, a esto se le llama estructura. Evidentemente la organización y la estructura mantienen una estrecha vinculación en la vida de la empresa, de allí que se maneje el término de *estructura organizacional*.

La estructura es un concepto abstracto y difícil de visualizar. Es posible encontrar evidencias en los patrones de conducta (características en el modo de realizar el trabajo y de relacionarse) del personal de la empresa. La estructura va a depender del

diseño organizacional que, en palabras de Stoner y Freeman (2006), es: “determinar la estructura de la organización que es más conveniente para la estrategia, el personal, la tecnología y las tareas de la organización.” (p. 345)

Hodge, Anthony y Gales (1998) definen la estructura como “...la suma total de las formas en que una organización divide su trabajo en diversas tareas, coordinándolas entre sí posteriormente” (p. 27). En ese mismo sentido ha sido descrita por Hellriegel y Slocum (1998), al sostener que “la estructura organizacional es el sistema formal de relaciones de trabajo tanto para la división como para la integración de las tareas” (p. 336).

Vemos entonces que la estructura en la organización de la empresa es la manera en que se distribuyen las actividades o tareas tendientes a determinar quién y cómo se harán las labores necesarias para alcanzar objetivos comunes. Producto de esto, se desarrolla una relación de trabajo que merece ser regulada o fiscaliza. Dicha regulación persigue dos fines: los fines empresariales, los cuales responden a los objetivos de eficacia y productividad, y los tendientes a disminuir el riesgo que crea la actividad que desarrolla la empresa y así evitar el alcance del reproche penal.

## **B) Elementos**

Con los conceptos arriba esgrimidos es factible proponer los siguientes elementos característicos de la estructura organizacional:

1. La división del trabajo: Es el resultado de la identificación y clasificación de las actividades en la empresa. Una vez clasificada la actividad y designado el personal a realizarla surgirá una especialización del trabajo.

2. La estandarización: Ligado a la división del trabajo está la creación de un procedimiento uniforme que deba ser obedecido por los trabajadores al ejecutar sus tareas, también son llamados protocolos. El correcto seguimiento de estos procedimientos puede ser la diferencia a la hora de deslindar responsabilidades y el reproche penal.

3. La departamentalización: Consecuentemente con la clasificación y división de las tareas se crean sectores o departamentos que agrupen personal con actividades homogéneas.

4. Sistema de coordinación y comunicación entre los distintos departamentos: La eficiencia de la empresa también depende de un correcto sistema de comunicación entre sus departamentos, es vital para que la alta gerencia mantenga un control sobre las actividades de sus subalternos.

5. Las jerarquías: Los puntos anteriores requieren, para su funcionamiento, de un sistema de jerarquías donde es necesario hacer una diferenciación entre los empleados. La jerarquización es producto de una diferenciación vertical, en donde el gerente de la empresa o quién ocupe el cargo más alto delegará tareas y responsabilidades a un grupo especial de trabajadores, éstos pueden ser llamados directores, supervisores o ejecutivos, los cuales tendrán personal a su cargo para desarrollar los objetivos encomendados y necesarios para lograr los fines que se ha trazado la empresa.

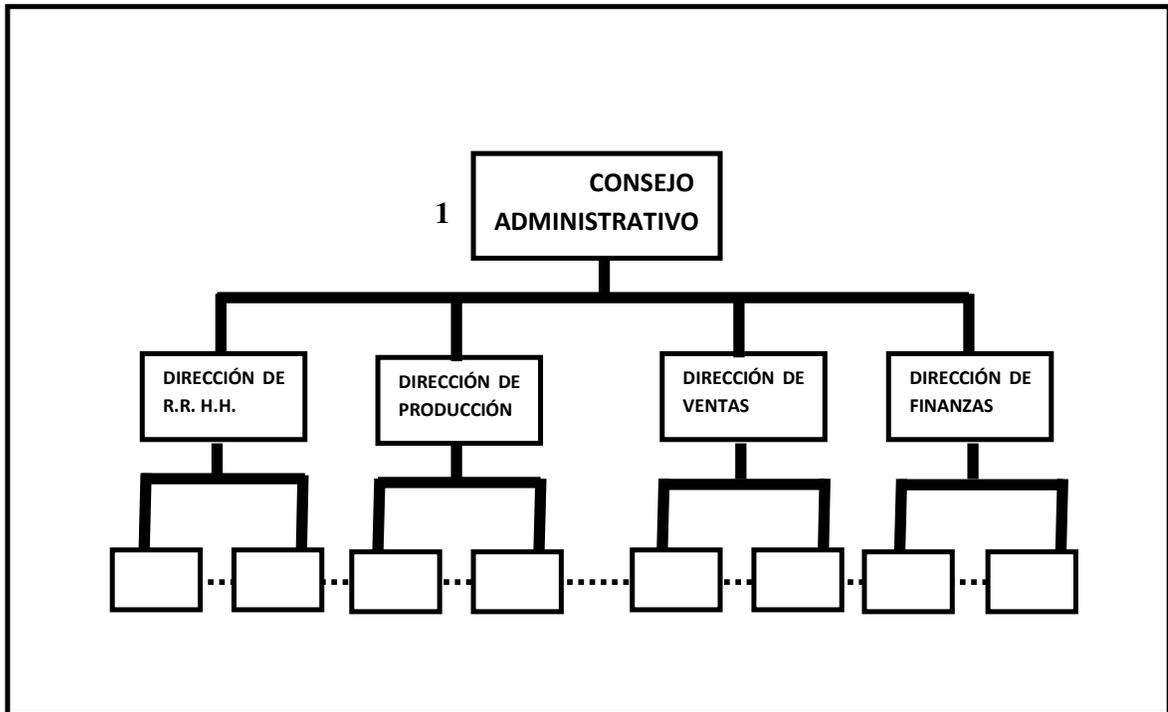
6. El organigrama: La forma en que se puede percibir cómo es la estructura de una empresa, siendo un concepto abstracto, es a través de un organigrama. Es una gráfica que permite ver los elementos de la estructura como la diferenciación vertical o jerarquías, diferenciación horizontal o la relación entre empleados del mismo rango jerárquico, los departamentos, los directores y división del trabajo. Al graficar el

modelo jerárquico con que cuenta la empresa, y con ello mostrar los encargados de cada departamento, se puede tener una idea, a priori, de quiénes pueden responder por los diversos actos que se generen en ella.

Otro aspecto positivo es la identificación del personal de igual rango o jerarquía. Entre ellos rige un principio de confianza que los exime de responsabilidad por los actos realizados por sus compañeros. Entre los diferentes modelos o formas de diseñar un organigrama están los horizontales, verticales o circulares, etc. Una forma de organizar la estructura de la empresa es mediante un organigrama funcional para lo cual se requiere tener presente las actividades de la empresa.

A continuación se mostrarán las figuras 1 y 2 representativas de un organigrama vertical y horizontal respectivamente.

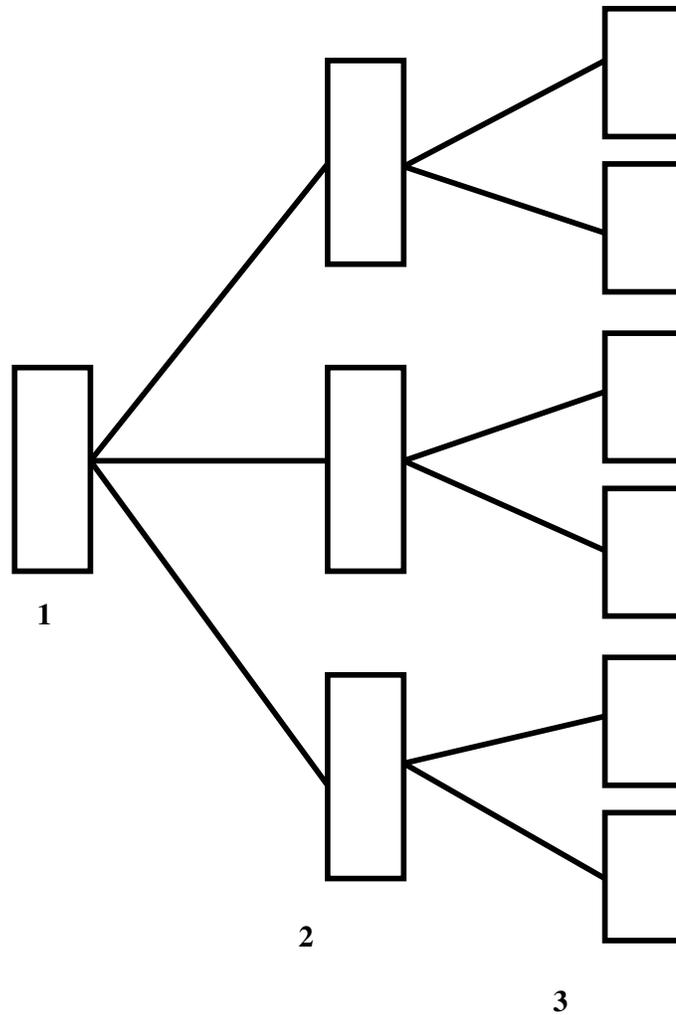
FIGURA 1 ORGANIGRAMA VERTICAL



- 1 En la cima de la estructura está el puesto de mayor rango jerárquico.
- 2 Decendiendo, se ubican los rangos inferiores de autoridad a quienes el ente de mayor rango les delega funciones como las de control y fiscalización (ocupan los mandos medios).
- 3 En el último escalón están los empleados, encargados de realizar las actividades relacionadas a la naturaleza de la empresa

----- Representa la diferenciación horizontal. Entre ellos rige el principio de confianza

FIGURA 2 ORGANIGRAMA HORIZONTAL



1. La figura inicia, desde el margen izquierdo, con el puesto de mayor rango jerárquico o autoridad.
2. Hacia la derecha se desplazan los puestos de menor jerarquía. A ellos se les delegan los deberes de vigilancia y control del riesgo perteneciente al garante original por ocupar los mandos medios (1).
3. Éste sector lo ocupan los empleados de menor rango.

### **III. Importancia de la estructura de la empresa para el derecho penal**

Al nacer cada uno de nosotros cuenta con una serie de derechos y libertades por la sola condición de ser seres humanos. Sin embargo, con el objetivo de mantener un orden en la convivencia social se han limitado esas libertades, sobre todo aquellas que se consideran riesgosas. Solo podemos hacer aquello que no cause daños o lesiones a lo que la sociedad considera indispensable para la vida en comunidad. Se nos prohíben conductas como el daño físico y patrimonial a otra persona, entre otras, para posibilitar una pacífica convivencia.

Las empresas, como entes capaces de ostentar derechos y contraer obligaciones, no están exentas de tales limitaciones. A ellas se les imponen cargas que implican disminuir el riesgo implícito en sus actividades, sin perder de vista que son las personas quienes ejecutan las tareas relacionadas a la naturaleza de la empresa. No obstante, ante la lesión de un bien jurídico, se hace difícil establecer criterios de imputación. A diferencia de las personas físicas, en las empresas no se aprecian claramente los elementos que determinen quién domina un hecho, de forma tal que se dificulta distinguir entre autores primarios, secundarios, partícipes o cómplices, etc., y atribuirles la correspondiente responsabilidad penal es todo un reto.

Se revela entonces la importancia que tiene la estructura de la organización para el derecho penal. La creación de ésta conlleva una división de trabajo, asignación de tareas y delegación de funciones que imponen responsabilidades diversas.

A la hora de concebir la estructura organizacional de la empresa, ya sea que se use un organigrama vertical u horizontal (ver figuras 1 y 2), se recurre a una división jerárquica. Basándose en ella se dividen tareas, se asignan funciones y

responsabilidades. Dentro de las responsabilidades asignadas a cada eslabón de la cadena jerárquica están las que obedecen a la propia naturaleza de la empresa y las necesarias para reducir el riesgo que las primeras ocasionan; son las segundas las que interesan al derecho penal.

Como he señalado, existe un riesgo implícito en toda actividad empresarial, y la naturaleza del riesgo dependerá de la característica de la actividad. Es responsabilidad del propietario de la empresa reducir ese riesgo jurídicamente desaprobado en uno socialmente aceptable. En otras palabras, es el que asume la posición de garante ante los bienes jurídicos que puedan ser alcanzados por el riesgo que genera la actividad empresarial

Una herramienta eficaz para reducir ese riesgo es una correcta estructura organizacional que, además de distribuir las actividades dentro de la empresa, las demarca y señala a los responsables de controlarlos. Por esta razón, es indispensable percatarse al momento de idear la estructura de la empresa, que la división del trabajo, la delegación de funciones y responsabilidades efectivamente ayuden a disminuir el riesgo y no aumentarlo.

Atinadamente, Guillermo Yacobucci (2004) sostiene que:

“...desde el punto de vista de la imputación penal, una primera conclusión en el plano judicial es que si ese sistema de reparto o delegación de funciones impide el efectivo control del riesgo, la consecuencia no puede ser la impunidad sino la imputación penal al propietario de la empresa que resulta el organizador originario de la estructura de división de funciones”. (p. 390)

Batista (2000) fortalece ésta opinión al aseverar que “...será garante, en el sentido de los delitos impropios de omisión, quien tenga un dominio efectivo sobre las personas responsables mediante el poder de imponer órdenes de obediencia obligatoria.” (p. 125)

Concluimos entonces que, a pesar de existir una distribución del trabajo y la consecuente asignación de responsabilidades, el garante original será el propietario, directivo o quien ocupe la cima de la escala jerárquica. Lo anterior se desprende de la libertad con que cuenta el empresario para establecer la manera de organizar y ejecutar las actividades de la empresa y los consecuentes resultados producto de tal organización. A lo anterior debemos sumarle el poder que el empresario tienen respecto a la formación de la estructura organizacional, el cual supone una obediencia de quienes reciben las actividades y responsabilidades delegadas, y del dominio de toda la información referente a las actividades de la empresa.

Por otra parte, no se debe perder de vista el dominio funcional sobre la fuente de peligro que ha sido delegado por el empresario, a sus dependientes. Si bien hemos manifestado el deber del empresario, como garante original, de cumplir con las imposiciones que le asignan las normas que regulan la actividad específica de la empresa que ha creado, tales cargas han sido distribuidas a otros sectores de la empresa producto de la estructura organizacional. Así, el dominio sobre las fuentes de peligro y riesgos inherentes a la empresa pasan a los mandos medios, y de ellos a las bases de la estructura. El fundamento de toda delegación lo brinda la imposibilidad del empresario de poseer el conocimiento técnico, y la destreza mecánica que le permita controlar todos los focos de peligro derivados de la actividad empresarial. En este sentido, la obligación

de ejercer la posición de garante se desplaza a quien tenga una verdadera cercanía con la fuente de peligro y efectivamente pueda controlarla.

En consecuencia, y ante la existencia de una delegación de funciones producto de la estructura organizacional, el reproche penal debe iniciar en las bases de la estructura que posea la empresa, seguir con los mandos medios, y finalizar en los altos puestos jerárquicos.

#### **IV. Los deberes residuales y el principio de confianza**

Sería imposible alcanzar la eficiencia si el titular de la empresa concentra en su persona todas las tareas a realizar, por este motivo se recurre a la figura de la delegación. Se pueden delegar, además de las actividades mecánicas e intelectuales que caracterizan a cada empresa, las tareas pertenecientes a la vigilancia y control de riesgos. A pesar de ello, subsisten deberes residuales que debe cumplir el garante original. La delegación no es absoluta, si bien ya no se mantiene un contacto personal con la fuente de riesgo, subsisten deberes respecto a los delegados y al suministro de información. Estos deberes son:

##### **1. Selección de personal idóneo:**

Hemos sido repetitivos al señalar que la organización de la empresa supone la división del trabajo y la delegación de funciones; que en el conjunto de actividades delegadas están las relacionadas al control y fiscalización del riesgo creado por la actividad empresarial. Ahora bien, la simple aceptación de las labores de control de riesgo, por parte del subordinado, no supone un obstáculo para que el reproche penal alcance al

garante original. Coexiste la obligación de encomendarle esas tareas a quienes estén técnica e idóneamente capacitados para asumirlas.

La acción de delegar no debe ser tomada a la ligera, se necesita de criterios profesionales de selección de personal para colocar, en la delicada función de controlar un riesgo, a quién presente el perfil adecuado. Guillermo Yacobucci (2004) hace referencia a la proporcionalidad y racionalidad que deben tener las tareas encomendadas respecto a la idoneidad del sujeto escogido para realizarlas. Incluso alega que:

“En el caso que se demuestre un actuar imprudente en la selección o que se haya omitido atender a criterios impuestos por la regulación de la actividad, los directivos no responderán como partícipes, sino como verdaderos autores en comisión por omisión imprudente del ilícito ejecutado por el subordinado” (p. 399).

Con todo, una manera de controlar la actividad de la empresa como fuente de peligro es la escogencia del personal idóneo. Así mismo debe existir una proporción entre las capacidades del personal elegido y el riesgo a controlar.

## 2. Suministro de medios e información:

Se hace referencia al deber que tiene el delegante de equipar al delegado de los recursos necesarios para enfrentar la actividad asignada, también corre por cuenta del delegante mantener actualizado a los delegados de las nuevas técnicas y procedimientos relacionados con su labor.

La información también debe estar dirigida a terceros ajenos al ámbito laboral de la empresa. Ante la posibilidad de que extraños tengan acceso a las instalaciones o

predios de la empresa, productos y actividades que ésta organice, se deben controlar todas aquellas situaciones que puedan poner en peligro su integridad y mantenerlos informados de su existencia.

### 3. Sistema de control o vigilancia.

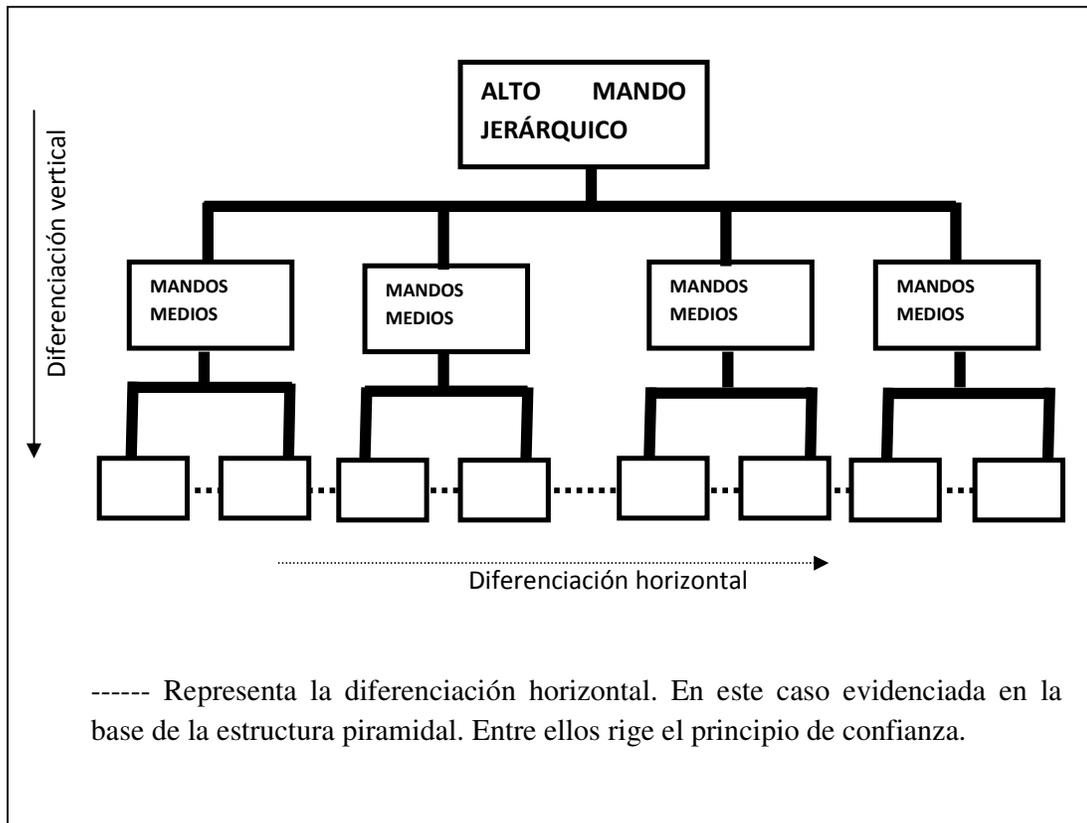
Las obligaciones residuales, producto de la delegación de funciones, no terminan con la selección y capacitación del personal. El deber de control y vigilancia se ha transformado, pasó de ser un control sobre los riesgos de la actividad, a ser una tarea de fiscalización y vigilancia sobre el personal encargado de las labores delegadas, es decir, quienes comparten diariamente con las fuentes de peligro.

Todo lo anterior guarda estrecha relación con el principio de confianza. Existe una diferenciación horizontal, producto de una estructura piramidal, en donde no es exigible deberes de control entre compañeros de la misma jerarquía. Cúneo Libarona (2011), al referirse a las personas que integran un equipo de trabajos, sostiene que: “... cada una de las personas que integran un equipo de trabajo está sometida al orden jurídico, con lo cual, el compañero de labores está autorizado a confiar en el correcto comportamiento que desplegara su colega.” (p. 185).

En este sentido, y sobre la base de un concepto de autorresponsabilidad, cada integrante de la empresa responderá penalmente por la directa relación que tenga con la fuente de peligro respecto al ámbito de su competencia, y no cabe reproche alguno al compañero sobre la base de controlar las actividades de aquel.

Recordemos gráficamente la estructura piramidal (organigrama vertical) y la diferenciación horizontal con la siguiente figura 3:

FIGURA 3 DIFERENCIACIÓN VERTICAL Y HORIZONTAL



Es en la diferenciación vertical donde el principio de confianza no se activa automáticamente. Como ya se ha explicado, a pesar de las delegaciones, producto de la necesaria estructura que se implemente en la empresa, subsisten deberes residuales de quien carga con la obligación original de controlar las fuentes de peligro y proteger los bienes jurídicos. Solo con el correcto cumplimiento de las obligaciones residuales (selección del personal idóneo, suministro de medios e información y un sistema de control y vigilancia) es posible apelar al principio de confianza en la diferenciación vertical.

## **V. Aporte Jurisprudencial**

A continuación analizaremos tres opiniones jurisprudenciales. Se hará especial énfasis a la responsabilidad del empresario en cada caso en particular.

### **A) Caso Storchi**

1. Los antecedentes del caso: El presidente de una compañía, Fernando M. Storchi, cuya actividad era la explotación de un natatorio, fue condenado por la comisión del delito de homicidio culposo, en perjuicio de la menor Florencia Möller Rombolá quien utilizaba las instalaciones y muere por asfixia por sumersión.

2. Consideración del tribunal:

“Como miembro del directorio de...tenía la posibilidad y el deber, en virtud de la responsabilidad institucional, de instrumentar las medidas, y en este caso cumplir con la obligación de seguridad que proveía la ordenanza, y de ese modo conjurar los peligros que podrían originarse en la pileta por el incumplimiento de dichas reglas de cuidado. Ello por cuanto...tenía bajo su control lo que podríamos llamar un espacio peligroso; tal cual es la pileta y su entorno; de ahí deriva el deber del garante del directorio de dicha sociedad que es quien tenía que tomar las decisiones que podían impedir el aumento del riesgo no permitido, sin haber adoptado ninguna decisión, en tal sentido ninguno de los miembros. Específicamente, en relación al suceso que nos toca, es menester señalar que la circunstancia de que quien estaba en custodia de la pileta, el directorio..., no haya cumplido con los reglamentos existentes en lo que se refiere a guarda vidas y a la

plataforma sobre elevada, aumentó el peligro existente, a un nivel prohibido por la norma, para el bien amenazado, o sea, la integridad física de las personas que nadaban en aquella; es decir que, disminuyó las chances de salvamento, riesgo que era previsible para el imputado”(TOralCrim nº 1, 2/5/07, Storchi, Fernando M., y otros/homicidio culposo, LL, 2007-E-493).<sup>8</sup>

3. Nuestra consideración:

Se evidencia la consideración, por parte del tribunal, de conceptos expuestos en el desarrollo de esta tesis, y que sirvieron de base para la correspondiente imputación penal al presidente de la compañía. Me refiero a:

- El control de un espacio peligroso, refiriéndose a la pileta y su entorno (la fuente de peligro).
- El deber de garante que asume el directorio de la sociedad derivado del control de la fuente de peligro.
- Incumplimiento de las normas que regulan la actividad que explota la compañía, específicamente el artículo 31 de la ordenanza 41.718 el cual exigía la presencia de dos guardavidas debidamente ubicados en una plataforma sobre elevada.
- El incremento del riesgo producto del incumplimiento de las normas reguladoras de la actividad.

Con lo anterior, iniciemos el reproche sobre las bases de la estructura organizacional de la empresa. Corresponde entonces analizar, en primera instancia, la responsabilidad del guardavidas contratado con la intención de controlar la fuente de

---

<sup>8</sup> Copiado de la cita hecha por Rafael Cúneo Libarona en: Responsabilidad penal del empresario por delitos imprudentes de sus dependientes, 2011, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 115.

peligro (el peligro que representa la pileta para los bañistas y demás usuarios de las instalaciones). En este sentido, bastaría con probar la negligencia del bañista en el desempeño de sus obligaciones para acreditarle la responsabilidad del acontecimiento típico. Sin embargo, consideramos que al incumplirse con lo establecido por las normas que regulan la actividad, se privó al guardavida de los medios necesarios para cumplir eficientemente con sus obligaciones (otro guardavidas, y una plataforma apropiada para la vigilancia). Así las cosas, no se cumplió con la obligación residual de suministrar de medios necesarios al delegado, y en consecuencia, cumplir eficientemente con sus obligaciones. De esta forma, el reproche penal debe seguir un curso ascendente dentro de la estructura piramidal y buscar en los mandos medios al garante. La intención es encontrar el obstáculo, representado por el principio de confianza, que detenga el curso del reproche, y de no aparecer, continuar hasta llegar a la cima de la estructura.

Recordemos que ante la imposibilidad fáctica del empresario para controlar la fuente de peligro, se necesita de una estructura que permita una apropiada división del trabajo, delegación de funciones, que sumado al cumplimiento de las obligaciones residuales, permiten al imputado (en el caso del empresario) invocar el principio de confianza.

En el caso que nos ocupa, el tribunal encontró como garante y responsable de controlar la fuente de peligro al presidente de la compañía por considerarlo custodio de la fuente de peligro (la pileta) imposibilitándolo de invocar el principio de confianza. Sin embargo, y ante la interposición del recurso de casación, la Sala II absolvió al imputado de la pena impuesta, considerando las razones arriba planteadas.<sup>9</sup> En este sentido, valoró el esquema de organización de la empresa y la idoneidad de los empleados, lo cual permitía recostarse en el principio de confianza.

---

<sup>9</sup> Ver CNCasPen, Sala II, 15/7/10, “Storchi, Fernando M., y otros s/recurso de casación”, c. 8361

## **B) Caso LAPA**

Este es otro caso, en el que se pondera la importancia de una correcta estructura, la consecuente y correcta delegación de funciones y el estricto cumplimiento de las obligaciones residuales.

### 1. Antecedentes:

Al presidente de la compañía LAPA S. A., entre otros, se le imputa la responsabilidad por los estragos causados por una aeronave de la compañía, la cual impacto en el predio de la Asociación Argentina de Golf, provocando el fallecimiento y heridas a un considerable número de personas, además de los daños materiales. La imputación se fundamenta en que el presidente de LAPA consintió el ascenso del piloto a comandante, suceso que genera un riesgo jurídicamente desaprobado, y a consideración del tribunal, éste fue lo que generó el accidente.<sup>10</sup>

### 2. Análisis:

Partiendo de los antecedentes antes esbozados, le correspondió al tribunal establecer si efectivamente el presidente de la empresa contribuyó a la creación del riesgo. De esta manera se enfocó en estudiar la forma en que estaba estructurada la empresa y las funciones delegadas. Así las cosas, concluyeron que, si bien existió una incorrecta elección del piloto, el presidente de la empresa no tenía la facultad de designar ni ascender al rango de comandante a Weigel (piloto). Dicha labor, según el

---

<sup>10</sup> Ver TOralCrim nº 4, 26/03/10, "Deutsch, Gustavo A., y otros s/estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público", c. 1035.

Manual de Operaciones de Vuelo de LAPA, era facultad del jefe de línea y al gerente de operaciones.

Como se ha expuesto en puntos anteriores, la obligación del empresario como garante original no desaparece con la delegación de funciones. Si bien es cierto, al delegar las tareas relacionadas con la verificación de las capacidades técnicas e idoneidad de los pilotos para su consecuente ascenso, subsiste la obligación residual de escoger al personal idóneo para ejecutar las tareas delegadas. Dicha obligación residual fue cubierta por el presidente de LAPA al contratar una consultora especializada en selección de personal. De esta manera, confiando en los profesionales criterios de la empresa especializada en reclutamiento, se asegurarían que las personas destinadas a ocupar los cargos gerenciales eran las más idóneas para cada cargo en particular.

En consecuencia, el presidente de LAPA pudo evitar el reproche penal gracias a una clara estructura, la cual permitía evidenciar los mandos medios y sus correspondientes obligaciones, y al efectivo escudo que representó el correcto cumplimiento de las obligaciones residuales.

### **C) Caso CROMAÑÓN**

#### **1. Antecedentes:**

El dueño de un establecimiento nocturno (República Cromañón), se le responsabiliza penalmente por la muerte de ciento noventa y tres personas, al producirse el incendio del local durante un recital.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Es importante recordar que el análisis de las jurisprudencias presentadas se centra solo en el reproche que se le hace al empresario. Todo con la finalidad que sirva para aclarar y ejemplificar lo

En este caso, el tribunal encargado de hacer el análisis jurídico del proceso, y tomar la decisión, concentró su fundamento en un aspecto distinto al utilizado en los casos anteriores. Apuntó al dominio que el dueño del establecimiento, Omar Chabán, tenía sobre la fuente de peligro.

2. Consideración del tribunal:

“En efecto, la presencia acreditada de los nombrados en el local República Cromañon realizando conductas activas relacionadas con el desarrollo del evento en los momentos al comienzo del recital de Callejeros, es decir, cuando la situación ya se encontraba dirigida a la posible lesión del bien jurídico, permite afirmar con certeza que ambos asumieron efectivamente el dominio de dicha situación.

En el caso de Omar Chabán, ya dijimos que está probado que la noche del hecho, ante el lanzamiento de una candela, de parte de un asistente, paró la música de fondo que se estaba reproduciendo y se dirigió al público para reprocharle su actitud sobre el uso de pirotecnia”

Siguiendo con el reproche a Chabán, el tribunal agregó:

“Por su parte, ya valoramos que Chabán y Argañaraz al ser garantes específicos, tenían el dominio de esta situación y podían neutralizar los factores causales mediante la realización de la acción indicada para detener el curso lesivo.

En la terminología de García Martín, tenía la capacidad de realizar la acción finalista de producción de la contrafuerza causal idónea para desviar el potencial de

---

desarrollado en la presente tesina. Por tal razón, no se ha profundizado en los aspectos referentes a los otros imputados.

las causas fundamentales del resultado, esto es, la capacidad de suspender el *show* cuando la situación estaba dirigida a la realización del tipo”<sup>12</sup>

3. Nuestra consideración:

En este caso, a diferencia de los anteriores, no se evidenció una correcta estructura que promueva una eficiente distribución de funciones. Existían demasiadas fuentes de peligro dispersas en la escena sin tener establecido quién o quiénes debían controlarla. Además, Fueron omitidos normas de seguridad requeridas para la actividad a la que era destinada el local, como lo son: la existencia de puertas de emergencia habilitadas y despejadas, y la prohibición de utilizar materiales inflamables en la estructura del local (techo). Consideramos que incorporar estos aspectos en la parte motiva de la decisión la hubiese enriquecido. Sin embargo, es válido el enfoque que da el tribunal, sobre todo, por la evidente influencia y control que tubo Chabán en la posibilidad de detener el evento, al darse cuenta que las inspecciones de seguridad (implementadas para impedir el ingreso de objetos peligrosos) habían fallado.

---

<sup>12</sup> Copiado de la cita hecha por Rafael Cúneo Libarona en: Responsabilidad penal del empresario por delitos imprudentes de sus dependientes, 2011, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 90.

## CONCLUSIONES

### ACCIÓN Y OMISIÓN.

Ha quedado evidenciada la dificultad de elaborar un concepto unitario y universal para la acción que incorpore la cara pasiva del comportamiento humano. Esto se debe a que responden a naturalezas estructurales distintas. Por un lado, la faz positiva se representa necesariamente por un movimiento corporal, mientras que la faz negativa implica la ausencia de él. Solo desde la perspectiva que brinda una valoración social, considerando la relevancia penal que tienen algunas conductas pasivas en la producción de daños a bienes protegidos, es que resulta asimilable que la omisión y la acción sean dos caras de una misma moneda.

Los esfuerzos dirigidos a fundamentar la equivalencia entre estas dos facetas del comportamiento humano sirvieron como preludio para la futura configuración de la responsabilidad del empresario por el riesgo creado. Esto es así, ya que gracias a ellos surgieron conceptos como acción previa creadora de peligro, acción esperada, deber jurídico de actuar y la posición de garante. Todos ellos han sido considerados, de alguna forma, en los distintos extractos jurisprudenciales presentados en este trabajo.

### LOS DELITOS OMISIVOS.

Los delitos propios de omisión y los delitos de omisión impropia se diferencian principalmente por la tipicidad que caracteriza a los primeros y la necesaria concurrencia del garante en los segundos tipos omisivos. Así las cosas, los delitos propios de omisión aparecen como una simple inactividad ante la orden de actuar

descrita en el tipo penal de carácter imperativo. Por su parte, los delitos de omisión impropia son aquellos en los que el garante omite realizar las acciones necesarias para evitar la consumación de un delito de comisión, y que tales abstenciones no han sido tipificadas en la ley penal

Los delitos impropios de omisión requieren de la concurrencia de los siguientes elementos subjetivos:

- Situación generadora del deber
- Ausencia de acción esperada
- Capacidad de realizar dicha acción
- La posición de garantía

Sin embargo, los tipos omisivos impropios generan una dificultad de la que no adolecen los delitos propios de omisión. Me refiero a la búsqueda del fundamento material de la obligación de actuar del garante. Esto se debe a que los delitos propios de omisión encuentran tal mandato en el tipo imperativo. Como los tipos impropios de omisión no cuentan con esta característica, y en el caso que nos ocupa, es necesario que nos cercioremos que concurra lo siguiente:

- 5) La creación de un riesgo producto de la actividad de la empresa.
- 6) La omisión en cuanto al cumplimiento de las normas que procuran la adecuación del riesgo que provoca la empresa a uno socialmente permitido (conducta esperada por la sociedad por considerarlo garante).
- 7) El dominio funcional de la fuente de peligro.
- 8) Que todo lo anterior provoque la lesión de un bien jurídico penalmente protegido.

## LA POSICIÓN DE GARANTE

El garante actúa como un obstáculo necesario para impedir que un peligro o amenaza se transforme en la lesión de un bien protegido por el ordenamiento penal. En cuanto al empresario, se espera que éste reduzca el riesgo que conlleva la actividad empresarial que ha puesto en práctica, dado que originalmente conoce y maneja la información relacionada a la naturaleza y riesgo que genera la actividad que desarrolla. En otras palabras, el empresario es el garante de evitar el daño de los bienes jurídicos que de alguna u otra manera se relacionen con su empresa. Lo anterior se desprende de la libertad con que cuenta el empresario para establecer la manera de organizar y ejecutar las actividades de la empresa y los consecuentes resultados producto de tal organización

Tal deber persiste aún con la delegación de funciones al personal subalterno.

Entran a regir los deberes residuales, los cuales consisten en:

- Selección de personal idóneo para la tarea delegada.
- Informar y dotar al delegado de los medios necesarios para el cumplimiento de sus labores
- Fiscalizar y controlar las actividades de su personal

Cumplida las obligaciones residuales, el empresario podrá invocar el principio de confianza. Tal principio rige sin mayores complicaciones entre compañeros de igual rango jerárquico. (Diferenciación horizontal), mientras que para las relaciones derivadas de la diferenciación vertical (de jefes a subalternos) se requiere del cumplimiento de las obligaciones residuales.

## LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

La estructura organizacional de la empresa es la manera en que se distribuyen las actividades o tareas, tendientes a determinar quién y cómo se harán las labores necesarias para alcanzar objetivos comunes. Esto se debe a la imposibilidad fáctica de la cual padece el empresario de concentrar todas las actividades de la empresa en su persona.

Adquiere vital importancia al momento de identificar la posición de garante dentro de una empresa. Esto se debe a que con ella es más fácil identificar las responsabilidades de cada miembro de la empresa por el contacto directo que tienen con la fuentes de peligro; gracias a la facilidad de distinguir los roles, posiciones jerárquicas y la delegación de funciones.

Ocurrido el ilícito, y al haberse acreditado que la lesión del bien jurídico fue producto de la creación de un riesgo, y que dicho riesgo es jurídicamente desaprobado dado el incumplimiento de normas tendientes a reducirlo y controlarlo, corresponde:

- Iniciar el reproche penal en las bases de la estructura organizacional de la empresa. Esto se debe a que son ellos los que generalmente conviven con la fuente de peligro, manipulándolos y controlándolos.
- Cerciorarse que fueron dotados con los medios e información necesaria para realizar sus funciones y que fueron escogidos mediante procedimientos adecuados de selección de personal que garanticen su idoneidad para el cargo. De no cumplirse, el reproche penal debe tomar un curso ascendente y buscar, en los mandos medios, al responsable de cumplir con estos deberes residuales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agustina, J., (2010). El delito en la empresa: estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario. Barcelona: Atelier.
- Bacigalupo, E. (1970). Delitos impropios de omisión. Buenos Aires: Ediciones Pannedille.
- Bacigalupo, E. (1998). Manual de derecho penal. Bogotá: Temis.
- Batista, M. (2000). La responsabilidad penal de los órganos de la empresa. En Bacigalupo, E. (2000). Derecho penal económico. (p. 121-131). Buenos Aires: Hammurabi.
- Binder, A. (2004). Introducción al derecho penal. (1ª ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc
- Campos, A. Derecho penal. (2ª ed.). Buenos Aires: Abedeo-Perrot.
- CNCasPen, Sala II, 15/7/10, “Storchi, Fernando M., y otros s/recurso de casación”, c. 8361
- CNCCorr. Sala IV. 20/7/2001. Causa 16422. Fernández, Benedicto L. Archivo digital.
- CNCCorr. Sala V. 17/12/96. Causa 33952. Dapazo, Pablo y otros. Archivo digital.
- CNCCorr. Sala V. 17/3/2003. Causa 20696. Zajackowski, Estanislao. Archivo digital.

CNCCorr. Sala VI. 7/12/2007. Causa 33685. Campillay, Oscar G. y otros. Archivo digital.

CNCP. Sala III. 9/12/2003.,Causa 4517, Reg. 750.03. D`Aquila, Natalio. Archivo digital.

Creus, C. (1996). Derecho penal: parte general. (4ª ed.). Buenos Aires: Astrea.

Cúneo Libarona, R., (2011). Responsabilidad penal del empresario por delitos imprudentes de sus dependientes. (1ª ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.

Diccionario de la lengua española, (1992). Madrid

Diccionario jurídico abeledo-perrot, (1993). Tomo II. (2ª ed.). Buenos aires: Abeledo-Perrot.

Enciclopedia jurídica latinoamericana, (2006). Tomo VIII. (1ª ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Frías J., Codino D., Codino R., (1993). Teoría del delito. Buenos Aires. Hammurabi.

Gimbernat, E. (2003). La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. (1ª ed.) Buenos Aires:Rubinzal-Culzoni Editores.

Gullco, H. (2006). Principios de la parte general del derecho penal. (1ª ed.). Buenos Aires: Del Puerto.

Hassemer, W., (1999). Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en el derecho penal. Conde, F. y Díaz, M. (Trads.). Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A.

Hellriegel, D. y Slocum, J. (1998). Administración. (7ª ed.). México: International Tomson.

- Hodge, B., Anthony, W. & Gales, M. (1998). Teoría de la organización: un enfoque estratégico. (5ª ed.). Madrid: Prentice Hall Iberia.
- Jakobs, G., (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. Sánchez Vera J. (Trad.), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G., (1998). La imputación objetiva en el derecho penal. Cancio M. (Trad.), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jescheck, H., (1988). Tratado de derecho penal: parte general. (4ª ed.). Manzanares, J. (Trad.). Granada, España: Editorial Comares.
- Mir, S., (1998). Derecho penal: parte general. (5ª ed.). Barcelona. Reppertor.
- Novoa Monreal, E. (1984). Fundamentos de los delitos de omisión. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Orts, F. (1978). Delitos de comisión por omisión. Buenos Aires: Ghersi-Editores
- Perdomo, J. (2001). El delito de comisión por omisión en el nuevo código penal colombiano. (1ª ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Quinceno, F.(Ed.), (2002). Imputación objetiva y antijuridicidad. (1ª ed.). Bogotá-Caracas-Panamá-Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Reátegui, J. (2002). El delito de omisión impropia. Lima: Jurista Editores.
- Requena, J., (2010). Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva. Madrid: Dykinson.
- Robles, R., (2007). Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier.

- Roxin, C. (1997). Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. (1ª ed.). Madrid: Civita
- Soler, S. (1987). Derecho penal argentino, tomo I. (5ª ed.- 10ª reimp.). Buenos Aires: Tea
- Stoner, J., Freeman, R. & Gilbert, D. (2006). Administración. (6ª ed.). México: Editorial Progreso.
- Stratenwerth, H., (1976). Derecho penal: parte general, I el hecho punible. (2ª ed.). Romero, G. (Trad.). Madrid: Edersa.
- Terragni, M., (2011). Delitos de omisión y posición de garante en el derecho penal. (1ª ed.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- TOralCrim n° 1, 2/5/07, Storchi, Fernando M., y otros/homicidio culposo, LL, 2007-E-493.
- TOralCrim n° 4, 26/03/10, “Deutsch, Gustavo A., y otros s/estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público”, c. 1035.
- Villada, J. (2006). Derecho penal: parte general. (1ª ed.). Salta, Argentina: Virtudes Editorial Universitaria.
- Yacobucci, G. (2004). Algunos criterios de imputación penal en la empresa. En García, P. (Ed.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. (p. 357-417). Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. & Slokar, A. (2005). Derecho penal: parte especial. (2ª ed.). Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E., Alagia, A. & Slokar, A. (2008). Manual de derecho penal: parte general. (2ª ed.-2ª reimp.). Buenos aires: Ediar.