



Maestría en Derecho con Orientación en Dirección de Empresas

La Posición de Garante en la Responsabilidad Penal de los Directores de la Empresa

Por: Ab. María Eugenia Samaniego Vintimilla

Director: Dr. Rafael Cúneo Libarona

2012

DEDICATORIA

La elaboración de este trabajo y la cursada de la maestría no hubiera sido el tiempo tan especial que fue sin el apoyo de en primer lugar de mi familia: mis padres, mis hermanos, mis sobrinos, Marcos, Marisa, Joaquín, Bruno; y a esas amigas que se volvieron mis hermanas en Buenos Aires: Joshe, Kika, Laura, María, Liza, Peke. A ellos todo mi amor y dedicación en todo este proceso.

AGRADECIMIENTOS

Como no podía ser de otra manera, mi agradecimiento eterno y desde el fondo de mi corazón va ser siempre dirigido a mis padres, quienes no solo se encargaron de mi educación y formación, sino lo hicieron en todos los niveles. Así mismo agradezco a todo el personal de la Universidad de Palermo por el apoyo constante a lo largo de la cursada y del proceso de elaboración de este trabajo. A mis compañeros y compañeras, y principalmente a aquellos que hoy podemos decir amigos. GRACIAS.

RESUMEN DE LA TESIS

El propósito de este trabajo es buscar una manera objetiva de imputar un delito de omisión impropia dentro de la esfera empresarial. Para llevarlo a cabo se analizó la dogmática que a este tema rodea, así como legislación comparada y un fallo del Tribunal Argentino como caso práctico.

Se pudo verificar en estos casos que no ha habido el adecuado tratamiento en la mayoría de legislaciones penales, por lo que los magistrados tienen inconvenientes al momento de su aplicación a fin de no contrariar el principio de legalidad.

Sin embargo y a pesar de ello se concluye que la teoría de la posición de garante es necesaria en el ámbito empresarial al momento de imputar un delito de omisión impropia, puesto que no se debe explayar la responsabilidad penal a los directores de la empresa, sino a quienes estén más cerca y tengan mayor posibilidad de evitar el riesgo jurídicamente desaprobado.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pág. 1
--------------	--------

Capítulo I: OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN

Concepto y Fundamentos	Pág. 4
Relación causal entre la omisión y el resultado	Pág. 11
Riesgo jurídicamente permitido	Pág. 16
La ausencia de acción esperada y la capacidad individual de acción	Pág. 19
El Principio de Legalidad	Pág. 22

Capítulo II: LA POSICIÓN DE GARANTE

Concepto y Generalidades	Pág. 30
Fuentes de la Teoría de Posición de Garante. Determinación	Pág. 36
Funciones o deberes de la Posición de Garante	Pág. 44

Capítulo III: RESPONSABILIDAD DEL GARANTE DENTRO DE LA EMPRESA

Nociones generales de Empresa	Pág. 49
Estructuras Jerárquicas dentro de la Empresa. División de tareas.	Pág. 52
Principio de Confianza.- Delegación de la Posición de Garante	Pág. 58
Límites de la Posición de Garante.- Límites de la delegación y principio de confianza	Pág. 63

Capítulo IV: DERECHO COMPARADO Y CASO DE JURISPRUDENCIA

ARGENTINA

Tratamiento legislativo en el derecho penal comparado	Pág. 68
Caso de Jurisprudencia Argentina. Fallo caso LAPA.	Pág. 72
CONCLUSIONES	Pág. 89
BIBLIOGRAFÍA	Pág. 93
CURRICULUM VITAE	Pág. 100

INTRODUCCIÓN:

El objetivo principal de este trabajo de Tesis es la investigación y análisis de la Posición de Garante en los casos de responsabilidad penal de los directores de la empresa. Para lo que se han analizado diversas circunstancias por medio de las cuales se pueden encausar de una manera más objetiva la responsabilidad en materia penal dentro de la estructura jerárquica de una organización empresarial, examinando minuciosamente en que escalafones y específicamente en qué persona, se encuentra el dominio global de la situación y la posibilidad de evitar el riesgo jurídicamente desaprobado.

Para llevar a cabo este trabajo se ha adentrado en el estudio de la omisión vista desde el Derecho Penal, la cual ha desencadenado una serie de discusiones, teorías y doctrinas que llevan a importantes debates para los encargados de administrar la justicia. El delito de omisión tiene un especial tratamiento en la dogmática moderna, por lo que su análisis contribuirá enormemente a definir los grados de responsabilidad de los directores de la empresa en su posición de garantes, determinando hasta que punto la omisión de un empleado que ha dañado un bien jurídico protegido determinado debe ascender en responsabilidad penal al director de la empresa.

En este punto se analizará el delito de comisión por omisión u omisión impropia, esto es cuando la omisión se equipara a la acción en el evento de producirse un hecho punible a causa de la negligencia o inobservancia del deber de cuidado de quien tenía la posibilidad de evitar el hecho jurídicamente desaprobado.

Así mismo se hará un análisis, desde el punto de vista que el tema atañe, respecto al principio de legalidad y lo que implica interpretar extensivamente en materia penal. En este sentido se han analizado diferentes criterios con respecto a la utilización de métodos

descriptivos de este tipo de delitos y la equiparación que se pretende entre omisión y acción, derivando de este tema una serie de cuestiones analizadas con detalle y fundamentadas con la doctrina que amerita al caso, tomando en cuenta que el principio de legalidad data de hace mucho tiempo y que en la actualidad sigue siendo aceptado en la mayoría de las constituciones y tratados internacionales.

Con estos antecedentes se adentrará en el estudio de la teoría de la posición de garante, donde se analiza la posibilidad de cómo determinar quien y hasta cuando esta calidad resulta generadora de una responsabilidad respecto a un bien jurídico determinado; además se determinarán las diferentes situaciones en las que la posición de garante se delega basados en un principio de confianza, como una posibilidad de ejercer la actividad comercial y mercantil de una manera efectiva y segura. La doctrina ha colaborado mucho en cuanto a la teoría de la posición de garante a fin de dar una solución a la normativa y la aplicación de la misma en el juzgamiento de un hecho punible.

Para el fin de este estudio analizaremos las principales fuentes de la teoría de la posición de garante a fin de determinar una imputabilidad objetiva, estas son: la ley, el contrato y la injerencia.

Para comprender el ámbito de responsabilidad y la extensión que tiene un individuo al ostentar la calidad de garante ante uno o varios bienes jurídicos protegidos, se hará un estudio de las funciones o deberes que surgen de esta posición.

El ámbito empresarial en la vida moderna ha tomado una gran importancia en la vida de las naciones y mueve una serie de actividades que contribuyen al desarrollo de la economía de varios países. La globalización y la tecnología han venido a facilitar la vida y desenvolvimiento de las personas, sin embargo esta evolución muchas veces ha

acarreado serios riesgos que deben ser evitados por quienes trabajan en la empresa de acuerdo a sus funciones. Para ello analizaremos las estructuras jerárquicas estimando que no todas son iguales ni exactas. Se estudiara desde el punto de vista de la división de trabajo y de la delegación de funciones y, de igual manera, la aplicabilidad de la delegación de la posición de garante basado en un principio de confianza que es el pilar de la actividad mercantilista.

Así mismo se tomará en cuenta que esta posición de garante y la confianza tienen ciertos limitantes que serán estudiados a detalle a fin de determinar de manera objetiva la responsabilidad penal en cabeza de la persona que corresponda.

Como cierre de este trabajo y sintetizando todo lo investigado, se analizará el derecho comparado y las formas de determinar los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, de igual manera se hará un minucioso estudio respecto al controversial caso de la aeronave de la empresa L.A.P.A. S.A. ocurrido en la ciudad de Buenos Aires el 31 de agosto de 1999 siniestrada en el despegue a causa de que la tripulación omitió ciertos procedimientos y advertencias necesarios. En este fallo evidenciaremos como determinar la posición de garante tomando en cuenta la causa del accidente y quienes estaban en la posibilidad de evitar que el siniestro hubiese ocurrido.

Debemos entender que la sociedad tiene el derecho de confiar en que las empresas están obrando adecuadamente, cumpliendo sus deberes de manera que no se produzcan daños a bienes jurídicamente protegidos en sus operaciones. En tal sentido es necesario este análisis respecto a la determinación de cuáles son los deberes jurídicos que pueden aceptarse como obligaciones de impedir un resultado y qué alcance tienen.

Capítulo I: OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN

1.1 Concepto y Fundamentos

El comportamiento del ser humano tiene dos formas de manifestarse, según la doctrina: por un hacer positivo (donde se encuadran los delitos por comisión) o por un hacer negativo o no hacer (donde encuadramos a los delitos por omisión).

Antiguamente se establecía que la acción era la única forma de conducta y que de ella se derivaba la omisión. Sin embargo, actualmente la doctrina dominante, a través de valoraciones jurídico penales, han podido establecer que una omisión es capaz de causar un resultado lesivo, es decir, ser penalmente relevante; como por ejemplo la madre que mata a su bebé por no alimentarlo, omite el deber de cuidado dándole alimentación y en consecuencia se produce un hecho típico, que es la muerte del bebé a causa de la omisión de la madre. En este caso, el omitente (la madre) es la persona imputable por la muerte del menor recién nacido. Estos conceptos son parte de búsquedas y análisis de la manera más verdadera y real posible en que el Derecho Penal pueda ampliar su eficacia y utilidad en pro de sancionar y, a su vez, evitar injustos de esta naturaleza. Tal es que actualmente se acepta mayoritariamente considerar al delito como la acción u omisión típicamente, antijurídica y culpable para la cual se señala una sanción o pena. Es así como el legislador se ha visto en la necesidad de introducir dentro de las normas penales un principio de solidaridad social, en razón del cual, un individuo que está en la obligación de actuar, es responsable de una omisión que ponga en peligro y produzca un resultado lesivo a un bien jurídico.

La omisión para el derecho penal, según Blei “no significa no hacer nada; sino no hacer algo determinado”¹, y que en consecuencia produce un cambio en el mundo exterior.

En cuanto a la omisión muchos autores se han puesto en la interrogante de si se trata de una idea que surge de la norma o es algo real. “Parte de la doctrina sostiene que la omisión es una de las dos formas que puede asumir la conducta. No es simplemente una inacción, sino es un no hacer, siendo ello posible, una cosa determinada”². De tal manera que quienes afirman que la omisión existe en el mundo real sostienen que no se pueden separar la acción y la omisión como dos situaciones diferentes dentro de la conducta de un ser humano, puesto que de una u otra manera su comportamiento no se expresa tan sólo en un movimiento corporal sino también en sus conductas omisivas que no involucran física alguna y, sin embargo, son capaces de producir un resultado.

Por otro lado se sostiene que la relación entre acción y omisión se da a través de la elaboración de la norma, por lo tanto esta no es una relación natural sino surge de la teoría del delito.

En estricto sentido legal, y dentro del ámbito penal, el concepto de omisión es mucho más restringido, hace referencia solo a aquellas conductas pasivas que producen consecuencias jurídicas. Es por ello que se habla de un no hacer, caracterizado jurídicamente, como aquella omisión de un acto que se debía realizar, acción que al omitirse produjo el resultado típico.

En consecuencia, el problema fundamental de este tipo de delitos surge cuando no hay una regulación especial dentro de la ley penal, siendo de difícil determinación los

¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte general. Pág. 559.

² TERRAGNI, Marco Antonio. Derecho Penal. Derecho Procesal Penal. Omisión Impropia y Posición de Garante. Pág. 118.

supuestos en los cuales la no evitación de un resultado típico pueda equipararse a su producción mediante un hacer positivo.

La doctrina y las legislaciones de varios países han considerado dos clases de delitos de omisión: la pura o propia y la impropia o comisión por omisión. La diferencia entre estos dos tipos de omisión está en que la omisión propia existe una norma preceptiva y en los delitos de omisión impropia no la hay, sino se equipara la omisión a la acción, es decir a haber cometido el delito por un hacer positivo, exigiéndosele al individuo la evitación de un resultado lesivo en base a una posición de garante sobre determinado bien jurídico, es decir, evoca un deber de actuar para impedir una situación típica.

Parte de la doctrina considera que los delitos de omisión impropia no están tipificados en la legislación (sin embargo, veremos más adelante el desarrollo y evolución de la tipificación de estos delitos dentro del derecho comparado), por lo tanto, son aquellos que los jueces, a través de recursos interpretativos, logran equipararlos con los tipos delictivos de comisión, que por su estructura pueden ser producidos mediante una omisión. Así es como se habla del homicidio, que en principio es un delito de comisión, teniendo como verbo rector el matar, que es una acción positiva, sin embargo se ha comprobado que se puede producir la muerte de una persona, evitando salvarla, como es el clásico caso, ya citado, de la madre que no alimenta a su hijo dejándolo morir por hambre.

Otra parte de la doctrina sostiene que la omisión no responde a un tipo legal específico, sino es una forma o modalidad de cometer algunos delitos de resultado. Sin embargo, se debe acotar que no cualquier delito se puede producir a causa de una conducta omisiva,

puesto que, específicamente para ciertos tipos delictivos se exige una conducta activa, no se podría por ejemplo ser imputable del delito de estafa o hurto por omisión.

Cuando hablamos de delitos impropios de omisión nos referimos a aquellos donde la obligación de acción es fundamental para evitar un resultado típico que corresponde a un delito de comisión, puesto que en estos casos el mandato de acción y los presupuestos que determinan la equivalencia de la omisión con la acción al momento de producir un resultado lesivo no se encuentran expresamente en la ley. Así es como muchos juristas consideran a este tipo de delitos como una variedad de los delitos de comisión, inclusive, los consideran como un complemento de los mismos, cuando el daño se ha causado al omitir la acción salvadora para evitar el resultado.

En los delitos de omisión impropia se determinan aquellos hechos que son omisiones punibles que deben representar una igualdad con la comisión activa exigiéndose para los mismos similar pena. En este tipo de delitos se ha pretendido, a través de los años, establecer una identidad estructural de ciertas omisiones con la comisión activa, es así como esta “cuestión doctrinal se inicio en Alemania a mediados del siglo XIX”.³

Por lo tanto estamos en frente de una situación en la que surge el deber de actuar, por diversas circunstancias, con el fin de evitar un resultado lesivo. Ejemplos de estos serían el de la madre que omite dar de comer a su hijo recién nacido, o aquel que no presta auxilio, estando en posibilidad, a aquel que está en peligro de muerte. Hechos como estos han sido muy analizados por la doctrina y la jurisprudencia penal, rodeando a los mismos, diversos factores que describen o no una conducta criminal del omitente y, por

³ SILVA SANCHEZ, Jesús M. El Delito de Omisión, Concepto y Sistemas. Pág. 467.

supuesto, la forma de imputar el delito. Se puede decir que del deber de actuar es el que permite deducir la situación típica en los delitos de omisión.

La legislación alemana ha tenido varios avances con respecto a la descripción del tema de los delitos de omisión impropia y, en particular, a los hechos punibles dentro de la empresa. De esta norma se desprende claramente la igualdad con la que se pretende sancionar una omisión cuando el resultado es el mismo de una acción siendo su deber evitarlo (regulaciones que serán examinadas en capítulos posteriores).

Es así que, en cuanto a los delitos de omisión, no estamos hablando respecto a normas prohibitivas en las que se condena una acción determinada y por tanto, se exige una conducta omisiva, en la cual el delito se consuma al llevarse a cabo la acción prohibida.

Lo importante en los delitos de omisión impropia es establecer cuando se tiene el deber jurídico de evitar un resultado, puesto que de esto se trata este tipo de delitos, ya que su infracción se sanciona como la comisión activa del delito.

Se dice, entonces, que la omisión impropia equivale a un delito de resultado. Por lo tanto podemos decir que este delito se caracteriza por la posición de garante del sujeto activo, por un resultado generado por la ausencia de una acción determinada y por la capacidad de evitar el resultado mediante la acción debida.

Es muy importante el estudio de este tipo de delitos, las concepciones y fundamentos traídos al respecto a través de los diferentes doctrinarios, puesto que los mismos nos llevan al punto concreto del análisis de este estudio. Es decir, mientras más nos adentramos al concepto de los delitos de comisión por omisión, más cerca estamos de lo que la doctrina dominante ha llamado como la posición de garante; construyendo de esta forma un concepto en base de esta teoría. Lo importante de la definición de esta clase de

delitos está en encontrar el autor de los mismos y cómo hacer aplicable la imputación de un resultado al mismo, y definitivamente para esto es necesario fundamentar su concepto en la posición de garante que es, específicamente, el objetivo del análisis del presente trabajo.

Ahora bien, en cuanto a la importancia de los delitos de omisión impropia se debe hacer énfasis que estos se han convertido en una pieza fundamental en varios tribunales penales en diferentes países en cuanto a la lucha contra la delincuencia funcionarial y empresarial. Es así como se ha tratado de condenar las conductas omisivas dentro del ámbito de la empresa, siendo esta una ardua tarea que nos lleva a analizar los diferentes cargos jerárquicos dentro de la misma para saber cual se acopla a la figura de garante para evitar la producción del resultado.

La comisión por omisión ha sido una categoría utilizada con el fin de responsabilizar penalmente a quien no evite un resultado lesivo detentando una posición de garante dentro de una empresa. Sin embargo esta categoría de delitos utilizada en el ámbito de la empresa, ha sido catalogada por algunos doctrinarios “como medio de imputación muy traumático”⁴.

El comportamiento o la conducta de un individuo, debe partir de un hecho típico que incluya tanto la acción como la omisión en su concepto. Para que así el derecho penal como tal, cumpla su misión, que es precisamente la de castigar un resultado lesivo en un bien jurídico, sea porque se cometió o se omitió un hecho que lo generó.

⁴ BERRUEZO, Rafael. Responsabilidad Penal en la Estructura de la Empresa, Imputación jurídico-penal sobre la base de roles. Pág. 81. Citando a CERVINI Raúl, “Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica”, *Revista de Ciencias Penales*, No. 2 1996 Montevideo, Carlos Álvarez Editor, p. 191/192.

A través de la doctrina y la jurisprudencia se ha llevado a cabo la difícil tarea de la construcción técnico-jurídica de los delitos de comisión por omisión por lo complicado que es fundamentar un nexo causal entre la conducta ausente y el resultado típico, en donde se habla que el autor es aquel que pudiendo evitar la lesión de un bien jurídico, no lo hace (se habla entonces de una posición de garante). Aquí aparece el verdadero problema en este tipo de delitos, cuando se trata de individualizar al autor del delito, es decir a quien se debe, efectivamente, imputar el resultado. Puesto que estamos hablando de una omisión, se debe analizar, de entre todos los que omitieron la acción que evitara la lesión de un bien jurídico, quien es el directamente responsable y llamado a evitar realmente el resultado, entonces aparece una figura de garante en la cual se asienta el criterio de la mayoría de la doctrina, quien es el llamado a proteger determinado bien jurídico.

No es hace mucho que se empieza a dar una mayor importancia a la omisión y a tratarse por los doctrinarios como una forma del comportamiento capaz de producir un resultado lesivo. Actualmente, el crecimiento urbano, los cambios socio-económicos y tecnológicos han exigido una mayor preocupación por aquellas situaciones determinadas en las cuales el deber de actuar de un ciudadano es indispensable para proteger un bien jurídico.

La principal cuestión que enfrentan los delitos de omisión es fundamentar o plantear cual es el presupuesto en el que se basa para que la actuación negativa, el no evitar un resultado típico, sea equiparable a la producción del mismo mediante una acción. Tema que será tratado con respecto a la causalidad y al principio de legalidad, advirtiendo sin

embargo, que esta equiparación se ha convertido más que nada en una cuestión de antijuricidad.

1.2 Relación causal entre la omisión y el resultado

Mucho se ha hablado respecto a la relación causal o, como han dicho algunos autores, de *cuasi* causalidad entre omisión y resultado. Se han analizado muchos factores inclusive desde principios científicos en los que físicamente se puede alegar que una omisión no produce efectos de ninguna naturaleza. De este modo se habla de una fuerza real y generadora del delito, que no se ve presente en la omisión, puesto que, mas bien hay una inactividad que si bien se la quiere reconocer como causa de un resultado dañoso, estaríamos hablando de una causalidad jurídica relacionada con el deber jurídico de impedir el resultado.

Sin embargo ante estos argumentos también hay en los cuales se comprueba que incluso una omisión puede ser prevista con la intención de causar un hecho dañoso o un delito, los mismos que deben ser capaces de ser imputados a quienes por su omisión, dolosa o culposa, han dañado un bien jurídicamente protegido. En este sentido se analiza que sea natural y evidente que la causa directa del daño o delito sea exclusivamente de la omisión.

Para analizar el hecho de la causalidad entre una omisión y un resultado habrá de analizar muchos factores que se han tomado como conducentes a una conclusión que clarifique esta situación, para esto debo decir que mi posición es absolutamente inclinada a pensar que una omisión, en expresas condiciones, son capaces de producir un resultado

susceptible de imputación de un delito, cuando se ha dañado un bien jurídicamente protegido.

Para hablar de causalidad, debemos tomar en cuenta que el resultado de una omisión debe ser imputable objetivamente al autor, esto trae consigo ciertas confusiones, puesto que cuando hablamos de delitos de comisión está claro que el autor es susceptible de imputación objetiva porque es quien causó el resultado, sin embargo, si por el contrario tan sólo ocurre que no se impide el resultado típico a través de una omisión, la interrogante gira alrededor de si hay o no causalidad de la omisión y bajo qué circunstancias sería imputable objetivamente.

Del hecho de no encontrar una solución para la causalidad de la omisión desde el punto de vista científico y natural, se desarrolla la idea de una cuasi causalidad, es decir ya no concebida como un suceso real sino como una idea relativa que pudiera entrelazar dos hechos reales. Como dice Bacigalupo, “la afirmación de la causalidad de una omisión solo puede hacerse en el plano del pensamiento, pero no en el plano de la realidad misma”.⁵

En tal sentido podemos afirmar, junto con buena parte de los doctrinarios sobre el tema, que la causalidad se puede componer tanto de condiciones positivas como negativas. De tal manera que se puede decir que hay un nexo causal entre una omisión y un resultado si, suponiendo la realización del hecho omitido, seguramente el resultado no se hubiera producido.

Después de una infructuosa polémica con respecto a la causalidad de la omisión, la doctrina mayoritaria concluyó rechazándola en el sentido de que no existe una

⁵ BACIGALUPO, Enrique. Delitos Impropios de Omisión. Pág. 85.

producción real del resultado. “La causalidad requiere, como categoría del ser, una verdadera fuente de energía que sea capaz de aportar un despliegue de fuerzas, y eso falta precisamente en la omisión”⁶. Sin embargo, para la ciencia penal estas concepciones científico naturalistas no son fundamentales ni determinantes en los delitos de omisión impropia regulados por la ley, en los cuales se da un nexo entre el hacer negativo y el resultado típico por la conexión legal que se crea al omitir la acción que hubiese evitado el resultado.

La crítica a la causalidad en los delitos de omisión se fundamenta en que para determinar un nexo causal debe considerarse situaciones, hechos o circunstancias realmente producidas. “Entre el sujeto y una determinada falta de energía causal respecto de un resultado, no existe posibilidad de encontrar un ligamen causal”.⁷ Tal es la razón para que muchos autores hayan optado por referirse a una cuasi causalidad para fundamentar los delitos de comisión por omisión.

Dado a que no se puede encontrar una solución real con respecto a la causalidad en este sentido, se habla de imputación objetiva, es decir, se encara el tema de diferente manera, ya no buscando la relación causal entre la omisión y el resultado, sino mas bien indagando si el resultado es objetivamente imputable a la omisión. Es así como logramos superar los problemas de la física que nos genera la causalidad con los planteamientos de la imputación objetiva que dependen del contenido y finalidad de las normas, las mismas que “no prohíben ni mandan causaciones”⁸.

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte general. Pág. 562.

⁷ BACIGALUPO, Enrique. Delitos Impropios de Omisión. Pág. 89.

⁸ BACIGALUPO, Enrique. Delitos Impropios de Omisión. Pág. 90.

Así mismo, la causalidad de una omisión va a estar ligada con el grado de certeza, es decir, la probabilidad con que la acción omitida hubiera evitado el resultado. Este es un punto bastante sostenido por la doctrina, en el que prácticamente existe unanimidad, afirmando que para que un resultado típico sea imputable a una omisión, es necesario que la acción omitida hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza o seguridad, con una altísima probabilidad, con una probabilidad de máximo grado o con práctica seguridad.

Según una dirección doctrinal, que remonta a Mezger, para poder imputar un resultado a una omisión no es suficiente con que la acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, sino que es preciso constatar que ciertamente lo hubiera impedido.⁹

Esta posición puede ser comprensible, pero no tiene consecuencias viables, puesto que estamos hablando de situaciones que no ocurrieron y la única manera de demostrar que una omisión produjo un resultado típico es mediante un proceso causal hipotético, irreal, mediante el cual solo se puede hablar de probabilidad, más o menos, segura o certera. No podemos hablar de certeza absoluta porque analizamos hechos hipotéticos en cuanto si se hubiera realizado la acción omitida cuánta probabilidad hubiese de que el resultado típico no se produzca o, por lo menos, se disminuya el peligro del bien jurídico; “una acción es causal para un resultado cuando si se suprime aquella in mente (es decir: hipotéticamente) desaparece el resultado (si suprimido el disparo, la muerte de la víctima desaparece)”.¹⁰ Así es como hay otra corriente que sostiene que basta con que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado para que se configure un nexo causal entre la omisión y el resultado típico.

⁹ GIMBERNAT, Enrique. La Causalidad en la Omisión Impropia y la llamada omisión por comisión. Pág. 42.

¹⁰ GIMBERNAT, Enrique. La Causalidad en la Omisión Impropia y la llamada omisión por comisión. Pág. 16.

En consecuencia la probabilidad es la base tanto para la doctrina dominante como para la de la disminución del riesgo. Habiendo entre estos dos criterios, mas bien una diferencia cuantitativa y no cualitativa. Para analizar cualquiera de los casos en cuanto a la causalidad debemos tomar en cuenta que el resultado debe ser observado mediante las leyes de la naturaleza para afirmar si fue causa de una acción omitida.

La doctrina dominante también habla de la posición de garante como parte de la causalidad en los delitos de omisión impropia. Dicho de este modo, quienes ostenten esta calidad de garante responderán por su acción negativa, no así los que no la tienen, en ese caso, cuanto mucho, responderán por omisión propia de estar tipificada. Por lo tanto se exige como requisito adicional que el omitente esté en posición de garante, es decir, tenga la posibilidad de evitar el resultado, para podersele imputar el mismo, mientras que en los delitos de acción no se necesita este papel de garante para responder por un delito. Se dice que la realización de la conducta socialmente adecuada está permitida, y su omisión, en ciertos casos, es la causa de que se produzca el resultado típico. En la causalidad de la omisión impropia muchas veces se van a tomar criterios que serán analizados posteriormente con detalle, tales como: el riesgo permitido, el principio de confianza, comisión referida al garante y la prohibición de regreso, los cuales tienen íntima relación con lo que se conoce como la adecuación social y tienen, entre ellos, ciertas coincidencias que en ciertos casos generan dudas. En este sentido para hablar de una causalidad hipotética, como lo trata Jakobs, dentro del ámbito de la adecuación social, podemos decir que el que omite una acción permitida y adecuada como esperada socialmente está frente a un comportamiento imputable penalmente y por lo tanto causal. Tomando el ejemplo de Jakobs para explicar la cuestión:

Tanto si el padre golpea a su hijo como si no lo alimenta, en todo caso se aparta del estado de lo equilibrado socialmente, es decir, del cero social. Naturalmente, la “causalidad” así determinada no cabe utilizarla para describir el comportamiento permitido, ya que presupone la definición de este¹¹.

En este caso hay que fundamentar la causalidad del autor de la omisión en el hecho de haberse negado a realizar la acción salvadora socialmente adecuada.

Los delitos de omisión se concebían de una manera acausal para parte de la doctrina, por lo tanto, se buscó fundamentar dicho nexo causal, que une a una omisión con un resultado típico, mediante la vía de la antijuricidad. Es así como se pasa a un segundo plano la tarea de identificar un nexo causal en este tipo de delitos, justificando la omisión dentro del ámbito de la antijuricidad, esto es el deber de actuar, siendo esta la base para la penalización de los delitos de impropia omisión.

El objetivo de esta corriente era limitar de alguna manera el deber de evitar un resultado ante las extensas posibilidades en las que un sujeto pueda tener la posibilidad de ejecutar una acción salvadora.

Así se ha analizado la causalidad de este tipo de delitos, visto desde diferentes puntos de vista, siendo importante buscar una salida que los haga imputables para la mejor convivencia de los individuos dentro de sus actividades sociales y económicas.

1.3 Riesgo jurídicamente permitido

El riesgo permitido corresponde a una configuración social, mediante la cual se aceptan tolerables ciertos hechos, es decir, mientras las acciones u omisiones se mantengan

¹¹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación. Pág. 960.

dentro de este marco, existe una situación admisible con respecto a las consecuencias de su conducta.

Para hablar de una situación típica habría que exceder ese riesgo permitido, como por ejemplo, cuando una empresa fabricante de juegos para niños utiliza un producto nocivo para la salud de las personas, aumentando de esta manera el riesgo, siendo posible la imputación del resultado lesivo. Cuando se trata de responsabilidad por organización el rol del autor, ampliado por el hecho de ser garante del dominio de un riesgo especial, será, siempre, la evitación de un daño.

Se debe reconocer que hay cierta concordancia entre el riesgo permitido y la imprudencia, dicha afinidad, según Jakobs “se basa en que el desencadenar riesgo permitido -mínimo por lo general- y los riesgos que lo sobrepasan mínimamente casi nunca se lleva a cabo con la conciencia del resultado dañoso”¹².

Ahora bien, lo importante es delimitar que es exactamente un riesgo no permitido. Diferentes normas a través del extenso sistema legal ofrecen pautas para evitar un riesgo desaprobado, como por ejemplo ordenanzas municipales que exigen ciertos requisitos para la construcción de autopistas que reducen el riesgo de accidentes en una comunidad. El control sobre estos hechos reduce la probabilidad de incrementar el riesgo permitido.

Sin el riesgo permitido, los padres no podrían enviar a sus hijos menores a un recado que entrañe cruzar la carretera, y sin un riesgo concreto incrementado no podría admitir la flexibilidad en la ejecución de penas o medidas de seguridad, etc. Los pormenores corresponden a la interpretación de las normas del ámbito respectivo¹³.

Como contrapartida de este concepto debemos especificar para su imputación objetiva, qué se puede considerar como riesgo jurídicamente relevante o desaprobado. Este sería

¹² JAKOBS, Günther. Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación. Pág. 246.

¹³ JAKOBS, Günther. Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación. Pág. 250.

aquel capaz de crear una situación de peligro que cause un resultado típico susceptible de imputación al autor. El hecho imputable en este caso se da partir de que el riesgo ha superado el umbral de lo permitido y aprobado.

Se debe tomar en cuenta que con el transcurso de los años la evolución tecnológica ha influido en este, como en muchos otros temas, de una manera muy acelerada, al punto de que la evolución de la ley cada vez va quedando más atrás de los avances tecnológicos. Es así como se ha considerado un cambio de apreciación con respecto al peligro en diferentes circunstancias.

Debemos ante todo encarar el hecho de que una empresa, en muchas ocasiones, es una entidad generadora de riesgos, proclive a aumentar el número de situaciones de peligro. Su continuo crecimiento y desarrollo tecnológico y científico ha puesto en crisis al modelo clásico de intervención penal.

Para enfrentar esta situación es necesario regular el funcionamiento de las empresas bajo esquemas jurídicos que impidan el aumento del riesgo jurídicamente permitido. Siendo así, sus actividades comerciales, económicas y de funcionamiento deben cumplir normas establecidas por el derecho en sus diferentes materias, para con ello evitar el riesgo jurídicamente desaprobado. Siendo que para esto se debe emplear del uso de ciencias como la estadística en lo referente a examinar situaciones causantes de peligro, entre otras; lo explica de esta manera Castaldo al manifestar que

[...] la observación de fenómenos caracterizados por la ambivalencia utilidad-peligrosidad en las múltiples facetas (y por lo tanto el control exhaustivo de los riesgos potenciales) sirve de base para la creación de reglas preventivas de cuidado, que de siempre han constituido el sustrato del hecho culposo¹⁴.

¹⁴ CASTALDO, Andrea. Revista de Derecho Penal: Delitos de Peligro II. Pág. 45.

Por lo tanto las obligaciones dentro de la empresa serán atribuidas y exigidas a quienes tengan a su cargo actividades generadoras de peligro que deban observar el cumplimiento de los deberes, ordenanzas y decretos que regulen la actividad de la compañía. Exigiéndose para dicho fin una serie de mecanismos de control y supervisión. En consecuencia, no debemos desmerecer el hecho de que las empresas están en constante contacto con el Derecho Penal porque sus actividades involucran factores de riesgo hacia la sociedad en general. Se da por ejemplo: atentando contra la salud pública por medicamentos o alimentos mal elaborados o productos potenciales contaminadores del medio ambiente, poniendo en peligro bienes jurídicos como la vida de las personas. La obligación de los directivos de una empresa y sus administradores es mantener el riesgo, derivado de sus empleados y subordinados por la actividad de la organización, dentro del marco del riesgo permitido jurídicamente.

Más adelante entraremos a resolver como imputar la responsabilidad de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en este tipo de organizaciones complejas como son las empresas, que están basadas en principios de jerarquía y división de trabajo.

1.4 La ausencia de acción esperada y la capacidad individual de acción

En lo que tiene que ver con la teoría de la omisión y su aparición como delito junto con los de comisión por dolo e imprudencia, Armin Kaufmann fue uno de los mayores defensores, quien introdujo como parte del concepto de comisión, el elemento de la capacidad de acción. Se habla en otros términos de ausencia de la acción requerida que es parte de la naturaleza de los delitos de omisión.

En este punto se deben analizar ciertos supuestos sobre los cuales se tiene una capacidad de acción que al no ejercerla puede ser imputada al omitente, es decir, sólo será imputada aquella omisión de la acción a quien hubiese tenido toda la posibilidad de realizarla evitando un resultado típico. Se supone que en este sentido el autor tuvo razonablemente la oportunidad de prestar auxilio o hacer lo requerido para evitar un daño.

Además juega también un papel importante el hecho cognoscitivo e intelectual, porque para que exista capacidad de acción el sujeto debe entender o conocer la situación típica.

Jescheck explica en sus palabras a los requisitos para que exista capacidad de acción, cuando manifiesta que:

[...] ha de exigirse asimismo que concurran presupuestos externos (proximidad especial y socorro apropiado) para la realización de la acción, y que se disponga de las necesarias fuerzas propias (fuerzas físicas, conocimientos técnicos y facultades intelectuales)¹⁵.

En este sentido se le podría imputar el delito de omisión impropia al sujeto que teniendo la capacidad de acción (según los requisitos expresados), no lo hiciera, siendo esa actividad posible y debida de ejecutar según la normativa.

La capacidad que tiene un sujeto para realizar la acción mandada o esperada conducente a evitar un resultado lesivo es una situación de carácter individual, que impone a un sujeto una obligación o un deber de actuar mediante el conocimiento de la situación y del alcance de los medios para realizar la acción necesaria a fin de evitar el daño.

De esta forma se encuentra una solución para imputar un resultado físico a quien omite una acción esperada, fundamentando así, la relación de causalidad entre la omisión y el resultado típico, puesto que de este mismo se deriva la obligación del autor a realizar la

¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte general. Pág. 561.

acción jurídicamente esperada. Mayoritariamente la doctrina denomina como posición de garante a quien tiene esta obligación de actuar, puesto que

[...] se dan casos en los que el derecho espera, de ciertos sujetos, una determinada conducta que considera necesaria o útil para impedir una modificación del mundo exterior, constituida por la vulneración de un bien jurídico o su puesta en peligro, cuyo ataque ha sido prohibido, reforzándose dicha prohibición con la amenaza de una pena¹⁶.

Así es pues, que se dice, que la única omisión relevante para el Derecho Penal, es aquella que se hace de la acción esperada, limitando de esta forma el sinnúmero de acciones posibles que un sujeto puede realizar u omitir. Lo que interesa es aquella acción que se espera del sujeto como un deber, tal como el de auxiliar, socorrer, impedir un resultado típico, etc. Por lo tanto, el delito de omisión consiste en una infracción a un deber que es la protección de determinado bien jurídico.

El deber de actuar de un individuo en determinadas situaciones nace en principio, de la convivencia social, como es el hecho de ayudar a alguien que corre peligro. Sin embargo hay circunstancias de las cuales surgen deberes específicos para determinados sujetos, como son los casos de aquellos que tienen una posición de garante ante un bien jurídico, un médico por ejemplo.

Estamos entonces, frente al hecho en el cual surge para un individuo la obligación de realizar determinada acción para evitar que un bien jurídico en peligro sea lesionado, siendo esto un deber de auxilio socialmente aceptado y requerido en el convivir.

En principio, la obligación consiste en realizar la acción conducente a evitar el resultado lesivo, sin embargo, si habiendo cumplido con el deber de actuar ante determinada

¹⁶ BERRUEZO, Rafael. Responsabilidad Penal en la Estructura de la Empresa, Imputación jurídico-penal sobre la base de los roles. Pág. 82. Citando a CREUS, Carlos. *Derecho Penal*. Parte General, Astrea, 1999, p. 176.

circunstancia que así lo exija, igual ocurriere el resultado lesivo, se tendrá por realizada la acción esperada (por el intento de auxilio), sin ser imputable por un delito de omisión.

1.5 El Principio de Legalidad

El principio de legalidad es una de las bases más antiguas y comentadas de la ciencia penal, fue tomado originariamente de la Carta Magna de 1215, bajo la filosofía racionalista de su época: el iluminismo.

Este principio trata de un sistema formal de las normas que diferencia al derecho penal de otros mecanismos de control social. Su fundamento se encuentra recogido mayoritariamente en las legislaciones penales de todo el mundo, mediante el cual se sostiene que no hay delito ni pena, si no está previamente establecido en la ley como tal. Esto en razón de la certidumbre que se necesita para ejercer el poder penal sin abusos, en cuanto el pueblo se vea seguro de que su obrar no constituya un delito por el mero capricho de quien tiene a cargo el poder de juzgarlo. Así es como se entiende que la división de los poderes, en pro de preservar los derechos de los habitantes dentro de un Estado, a saber a qué se atienen y a que las leyes sean creadas por un poder legislativo diferente al poder judicial que es el encargado de juzgar, así como también, diferente al poder ejecutivo. El objetivo es la seguridad jurídica por medio de la cual los habitantes de un Estado conocen con antelación los delitos y sus correspondientes penas, para manejar su obrar apegados a lo que manda, ordena y prohíbe la ley. Esto también configura una garantía política en la cual los ciudadanos no podrán ser sancionados con penas que no sean admitidas por el pueblo.

Por lo tanto la tipicidad es una garantía para el ciudadano susceptible de incriminación, toda vez que la norma se defina de manera taxativa, certera, se especifique el comportamiento típico y las consecuencias jurídicas de su infracción.

Este principio va aparejado de la prohibición de crear normas penales indeterminadas o imprecisas, de manera que cualquier análisis analógico queda proscrito. Sin embargo debemos tomar en cuenta que el tema de la omisión impropia cae dentro de supuestos de hecho.

Ahora bien, en lo que al tema de la omisión impropia respecta, sabemos que en la legislación penal argentina se reconoce un delito impropio de omisión tipificado (art. 106), sin embargo esto no quiere decir que se pueda tomar como referencia expresa para la imputación de otras figuras delictivas por omisión.

Debemos destacar el sistema penal alemán en cuanto a su elevado nivel de desarrollo con que se ha tratado la problemática del delito de omisión impropio. En su Art. 13 adoptó un criterio genérico con respecto a la posición de garante en este tipo de delitos, sin embargo permite una mayor amplitud en la interpretación, lo que conlleva a problemas de seguridad jurídica, por lo tanto, la legislación alemana no superó el tema de la constitucionalidad.

Los ordenamientos jurídicos penales alemán, español, austríaco, italiano y portugués ya se han preocupado por incluir normas tendientes a equiparar la acción con la omisión. El hecho de regular expresamente la comisión por omisión con arreglo a una cláusula general, no solucionó todos los problemas, puesto que una parte de la doctrina sostuvo que la comisión por omisión no puede compartir con la acción un mismo tipo de injusto.

Por lo tanto, se sostiene que debería establecerse tipos expresos que regulen estos delitos con relación a determinados bienes jurídicos.

Es decir que para castigar un hecho es necesario encontrar la norma jurídica que garantice la obligación de no producir un resultado, haciendo equiparable conductas como no impedir la muerte con la de matar. Por ejemplo en Argentina se violaría el principio de legalidad contenido en el artículo 18 de la Constitución si se pretendiera sancionar el no hacer nada para evitar la muerte, puesto que el Código Penal (art.79) al referirse al homicidio describe una acción: “matarse a otro”, lo que quiere decir que no abarca la conducta omisiva.

En el derecho español, hasta antes de la entrada en vigencia del código penal de 1995, no había una norma que regule la omisión impropia, sin embargo los doctrinarios y juristas de ese entonces ya hablaban de comportamientos omisivos que no se hallaban regulados expresamente, sancionando determinadas omisiones en las cuales el “no hacer algo” producían resultados típicos, los mismos que estaban previstos por acciones positivas. “Es claro que los magistrados pueden realizar una interpretación extensiva, pero el riesgo que ello representa para las garantías individuales no puede pasar inadvertido”¹⁷.

Actualmente el código penal español en su Artículo 11 establece una norma expresa que tipifica este tipo de delitos, al siguiente tenor:

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 a 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

¹⁷ TERRAGNI, Marco Antonio. Derecho Penal, Derecho Procesal Penal. Omisión Impropia y Posición de Garante. Pág. 121.

ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

A pesar de esta regulación, que es un desarrollo bastante importante al tema en cuestión, las dudas sobre su incompatibilidad con el principio de legalidad todavía persisten. Por esta razón la doctrina mayoritaria enfrenta a la omisión impropia a partir del establecimiento de la posición de garante. Sin embargo, a pesar de las regulaciones generales al respecto todavía surgen problemas de constitucionalidad, inclusive en lo que concierne al ámbito de la causalidad (analizado anteriormente), tratando así de demostrar que una omisión puede ser causal de un resultado típico y por lo tanto no vulneraría el principio de legalidad. Sin embargo, queda una sensación de que se estaría dando cabida a una especie de creación libre del Derecho, dejando en manos de los jueces la posibilidad de acudir a la analogía, violando así el principio -constitucional- de legalidad.

Terragni cita a Cobo del Rosal y Vives Antón, quien justifica de manera clara la equiparación entre omisión y acción, sin por esto pretender una violación al principio de legalidad, manifiesta:

[...] las acciones indicadas por los verbos que se hallan en las figuras delictivas no remiten a una realidad puramente naturalística, sino a una realidad dotada de significado social. Así, cuando jurídicamente decimos que alguien ha matado, no queremos expresar con ello que haya realizado una acción positiva de la que, como consecuencia, derivase la muerte, sino que la muerte de otro es imputable objetivamente a esa conducta, tanto si el autor ha producido efectivamente el resultado dañoso, cuanto si, pese a ocupar una posición de garante, desde la que asumía la tutela del bien, ha dejado que se produzca¹⁸.

¹⁸ TERRAGNI, Marco Antonio. Derecho Penal, Derecho Procesal Penal. Omisión Impropia y Posición de Garante. Pág. 121.

En cuanto a la legislación mexicana también podemos resaltar sus claros avances en la tarea de tipificar la omisión impropia, de tal manera que no se viole el principio de legalidad al condenar estos delitos. Así pues en su Art 7 del Código Penal Federal manifiesta:

Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente [...].¹⁹

De igual manera lo regula el Art. 16 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que señala: “(Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuido el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, [...]”.²⁰

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico penal Mexicano ha previsto la posibilidad de aplicar las mismas normas en los delitos de acción que en los de omisión de acuerdo al resultado. Esto quiere decir que si bien en forma expresa no están regulados los delitos de omisión impropia, sí están dadas las normas de aplicación para equipararlas con los delitos de acción y no contrariar el principio de legalidad.

El hecho de que ciertas conductas omisivas sean claramente merecedoras de una pena, no justifica transgredir uno de los principios cardinales del derecho penal que regulan la libertad individual de no ser juzgados por actos que no estén previa y expresamente regulados en la ley, lo cual exige en el ámbito penal una interpretación cuidadosa y restrictiva.

¹⁹ FUENTES BARRAGÁN, Wendy. Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM Vol.2, No. 3. Pág. 259.

²⁰ FUENTES BARRAGÁN, Wendy. Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM Vol.2, No. 3. Pág. 259.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo expuesto, la gran mayoría de la jurisprudencia argentina, desarrolla la teoría de los delitos de omisión impropia basados en la teoría de la posición de garante.

Otra situación que amenaza el principio de legalidad es la determinación de las leyes penales (ley cierta). Esto debido a los tipos abiertos en normas penales (supuesto de hecho) mediante los cuales se contraría el principio de la división de los poderes del Estado, puesto que se estaría dando la facultad al juez para hacer interpretaciones creadoras de derecho, invadiendo de esta forma, el poder legislativo, mismo que tiene la facultad de delimitar las funciones de los jueces restringiéndose su proceder a lo que ordenan las leyes y acatándose a actuar hasta donde ellas le permiten. Por lo tanto la vigencia de leyes indeterminadas es contraria al principio de la división de poderes pues se da la superposición de facultades y funciones cuando el juez puede invadir el terreno de actuación del legislador a causa de tipos abiertos en las normas penales.

En el tema de la omisión impropia los núcleos fundamentales que no deben faltar en una legislación son: en primer lugar, la determinación taxativa de los deberes de garantía (tomando posición de unas teorías al respecto) y en segundo lugar, la introducción de una cláusula de equivalencia entre acción y omisión (precisamente que entraría como criterio de contención para los deberes de garantía²¹).

Hay que considerar que este tipo de delitos no se suscitan constantemente, no son habituales, cuando se dan se suele tratar con cierta flexibilidad, siendo esto un peligro para el principio de legalidad, por lo tanto sería importante unificar un criterio para ser utilizado al momento de juzgar, y dicho criterio plasmarlo expresamente en la ley para no contrariar principios constitucionales. Se debe tomar en cuenta que una sentencia

²¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Aspectos histórico-dogmáticos, político-criminales y de derecho positivo en el ámbito de los delitos impropios de omisión. Pág. 44.

condenatoria por un delito de omisión impropia puede ser apelada y atacada por la vía de la inconstitucionalidad, la certeza de una regulación al respecto es básica para su correcta aplicación y compatibilidad con el principio de legalidad.

En conclusión, comparto el pensamiento de García Cavero, citado por Berruezo, cuando se pregunta:

[...] si resulta necesario esforzarse tanto en buscar criterios de equivalencia o tener que tipificar expresamente delitos de omisión, cuando una comprensión normativa de los tipos penales sobre la base de competencias permitiría no sólo incluir conductas omisivas, sino también encontrar un criterio de imputación común a la conducta activa y omisiva²².

El tema que surge a partir de los delitos de impropia omisión se debe tratar con suma prudencia para no hacer de estos un uso desmedido, llevando de esta forma a cometer injustos al momento de sancionarlo. Por lo tanto, se debe procurar un procedimiento que no menoscabe el principio de legalidad y, al mismo tiempo, el sentido de justicia; es decir, en el procedimiento de imputar una omisión debe haber una aceptable armonía y concordancia entre lo legal y lo justo.

Habiendo analizado las diversas circunstancias y opiniones en cuanto la comisión por omisión puede afectar o menoscabar el principio de legalidad, cabe aceptar que por razones de justicia se debe limitar la admisibilidad de este tipo de delitos de impropia omisión, en cuanto no estén previstos en la ley. De esta manera, la aplicación de sanciones a delitos de esta naturaleza, deben respetar la vigencia de dicho principio, sin embargo, es urgencia de las legislaciones actuales regular estas situaciones para que este tipo de injustos no queden en la inimputabilidad.

²² BERRUEZO, Rafael. Responsabilidad Penal de la Estructura de la Empresa, Imputación jurídico-penal sobre la base de roles. Pág. 102 y 103.

La ausencia de normas escritas en el derecho positivo Argentino respecto a la temática escogida impone a los Jueces y Fiscales la ardua tarea de interpretar el contenido social del verbo típico para brindar una acertada solución sistemática y racional a los casos a través de aplicación de criterios normativos vinculados con el rol asignado, las diferentes esferas de competencia o especialización, los deberes de control y supervisión de las fuentes de peligro.

Sin embargo y en defensa del principio de legalidad previsto en la Constitución Argentina y respetando los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos jerarquizados considero que, conforme lo sostuve en diversos pasajes de este trabajo, deviene necesario la redacción de normas que generen seguridad jurídica a la sociedad, al mundo empresarial y a los magistrados sin que ello signifique “una injustificada pérdida de los espacios de libertad”²³ o, como bien lo señala Silva Sánchez, una “expansión irrazonable” del Derecho Penal.²⁴

Lejos de ello, la incorporación de ciertas normas contribuirá a moderar la brutal “*expansión del derecho penal*” que, con preocupación, vive en estos años el empresariado o jefe del organismo estatal a través del uso de argumentos incriminantes²⁵ o de la aplicación de penas efectistas que sólo pretenden amilanar el caluroso “*reclamo social*” alentado por cierto sector político ajeno al derecho penal que persigue respuestas demagogas para contener a la sociedad.²⁶

²³ RUSCONI, Maximiliano, Normativismo.... ob.cit. pág. 96

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; La expansión.. ob. cit.

²⁵ Afirmaciones tales como que el empresario "no podían ignorar" o "no es dable imaginar su desconocimiento" que, por lo general, resultan meras construcciones hipotéticas que distan de la realidad.

²⁶ CUNEO LIBARONA, Rafael “Responsabilidad Penal del Empresario”, Ed. Astrea, Bs. As. 2011.

Capítulo II: LA POSICIÓN DE GARANTE

2.1 Concepto y Generalidades

En el capítulo anterior se ha analizado como la fundamentación de los delitos de omisión impropia gira entorno del principio de la Posición de Garante como base para establecer la causalidad entre la omisión de determinado acto y un resultado lesivo, en la cual interviene la relación estrecha que hay entre el omitente y el bien jurídico lesionado.

De esta manera se considera que el deber de evitar que se produzca un resultado que lastime un bien jurídico corresponde únicamente a quien tuviese que garantizar que dicho bien no sea dañado. Es así como la posición de garante fue el principio en que se sustentó la idea de equiparar la comisión con la no evitación del resultado.

Sin embargo, como ya se ha analizado en el capítulo anterior, este sentido de justicia que pretende equiparar los actos de comisión con los de omisión afecta el principio de legalidad, esto ha sido el inconveniente en muchas legislaciones para aplicar el criterio de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión.

La posición de garante se relaciona con los deberes, que adquiere una persona sobre uno o varios bienes jurídicos, los cuales pueden surgir de diferentes formas como se analizará más adelante, sin embargo al omitir sus responsabilidades como garante de un bien jurídico y con esto provocando un resultado típico se configura un delito de comisión por omisión.

De tal manera que quien se halle en posición de garante sobre un bien jurídico determinado tiene una función de vigilancia y de protección por medio de la cual está obligado a defender el bien jurídico de cualquier ataque o peligro que pudiese surgir a su

cuidado y custodia, así como de cualquier amenaza o lesión que dicho bien podría causar a un bien jurídico ajeno.

Durante décadas se ha fundamentado los delitos de comisión por omisión sobre el principio de la posición de garante, considerándose como la mejor manera de resolver este tipo de delitos y de generar un nexo causal entre omitente y resultado. El autor del delito de omisión impropia será sólo aquel que tenga una responsabilidad con respecto a uno o más bienes jurídicos determinados, quien deberá responder por la evitación del resultado lesivo a los mismos.

El problema para el derecho penal surge en la determinación del garante, puesto que la misma ley es indeterminada en la mayoría de las legislaciones. Es necesario en la actualidad un sistema seguro de determinación de la posición de garante en este tipo de delitos para que pueda darse una correcta imputación que resulta indispensable para estos injustos.

Los textos penales generalmente describen conductas activas que causan un resultado lesivo, sin embargo, estos resultados también pueden ser causados por omisiones de un hacer esperado. De ahí que se ha partido de la teoría que ha venido a modificar muchos textos penales de que la comisión de un delito puede realizarse a través de la no evitación del resultado. Por lo tanto, como no se puede pretender que todo el mundo sea autor de un delito de omisión impropia, se acude a la teoría de posición del garante que ha sido muy discutida en cuanto a su determinación.

Actualmente, la mayor parte de la doctrina construye la omisión impropia sobre el concepto de la posición de garante, pues esta es la circunstancia que define objetivamente quién es el autor en este tipo de delitos. Se dice que “un sujeto se encuentra en posición

de garante cuando siendo jurídicamente capaz y estando en presencia de determinadas circunstancias o presupuestos especiales se hace responsable de la indemnidad de un bien jurídico”²⁷. Así es como surge la obligación del sujeto que se encuentre en una posición de garante de evitar el resultado típico mediante la protección del bien jurídico. En ese sentido la no evitación del resultado lesivo sería equiparable a la conducta activa de producir el daño.

Así lo sostiene Jescheck cuando manifiesta que “en el delito de omisión, el resultado típico se imputa al garante que no ha evitado su producción igual que lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo”²⁸. Por lo tanto, viene a ser el sujeto activo del delito de omisión impropia, puesto que tiene la responsabilidad de hacer lo posible por evitar el resultado típico. Ahora bien, el problema se suscita cuando se trata de identificar cuándo nace jurídicamente la obligación de asegurar la indemnidad de determinado bien. Es menester dejar claro que el sólo hecho de infringir el deber de actuar no es suficiente para sancionar al omitente como si se tratase de una acción prohibida. Así lo considera Jakobs cuando manifiesta: “Autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un deber de responder de que se evite el resultado (deber de garantía)”²⁹.

En palabras de Piña, podemos definir la posición de garante

[...] como aquella relación que tiene un individuo determinado con un bien jurídico, en la que por las especiales circunstancias del caso se encuentra en una situación en la que debe resguardar al bien jurídico en cuestión de cualquier lesión que él pueda evitar”³⁰.

²⁷ PIÑA, Roxana Gabriela. Revista de Derecho Penal: Autoría y Participación II. Pág. 165.

²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte general. Pág. 553.

²⁹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación. Pág. 968.

³⁰ PIÑA, Roxana Gabriela. Revista de Derecho Penal: Autoría y Participación II. Pág. 170.

Por lo tanto, es la situación en la que se encuentra una persona, en razón de la cual tiene el deber de impedir que se produzca un resultado lesivo que puede ser evitable. Cuando tiene esta obligación y la incumple, sucediendo así el evento lesivo -que se pudo haber evitado-, viola la posición de garante.

La situación del garante implica el conducirse de determinada manera de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad, o en casos más específicos, dentro de una organización o empresa. Se puede decir que desde este punto de vista resulta indiferente si el garante de un bien jurídico obra por acción u omisión, puesto que lo fundamental es que con su comportamiento no infrinja sus deberes de garantía.

Fuentes, por su parte, cita a la Doctora Olga Islas de González Mariscal, quien sostiene que “la calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien”³¹.

Por lo tanto la figura del garante es de suma importancia en los delitos de omisión impropia, puesto que vendría a ser el sujeto activo encargado de la evitación de un resultado lesivo que sea posible de evitar. Sin embargo debemos entender que no todos podemos ser garantes, se debe determinar el ámbito en el cual se le puede tener a un individuo como responsable por determinado bien jurídico. Así lo manifiesta Bacigalupo en su obra cuando dice que “la posición de garante requiere esencialmente que el sujeto esté encargado de la protección o custodia del bien jurídico que aparece lesionado o amenazado de lesión”³². Estamos frente a una condición de evitar el resultado, mediante el cumplimiento de los deberes del garante, los cuales “se basa en la idea fundamental de

³¹ FUENTES BARRAGÁN, Wendy. Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM Vol.2, No. 3. Pág. 266.

³² BACIGALUPO, Enrique. Delitos Impropios de Omisión. Pág. 143.

que la protección del bien jurídico en peligro depende de una prestación positiva de una determinada persona y los interesados confían y pueden confiar en la intervención activa de la misma”³³.

Bajo dicho contexto, debemos entender que la posición de garante toma un carácter especial, sobre todo cuando de empresas se trata, donde por los diferentes roles y estructuras jerárquicas es difícil determinar quién, en el caso de sucederse un resultado lesivo, es el directamente encargado y por tanto garante del cuidado y protección de un bien jurídico lesionado y cuándo debe responder por la integridad del mismo.

Es así como la doctrina utiliza el concepto de comisión por omisión para responsabilizar a los órganos directivos de la empresa por las conductas delictuosas que cometen su subordinados, es decir, basados en su posición de garante de la cual se deriva su deber de vigilancia para evitar la lesión de un bien jurídico dentro del ámbito de su actividad empresarial de acuerdo a las obligaciones que su cargo le exigen (supervisión, control).

Berruezo, acertadamente, hace referencia a que:

[...] en el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en el Cairo en 1984, se estableció que todo superior en una empresa económica tiene una posición de garante respecto a su poder de organización, y en virtud de esa posición de garante se le han de imputar las lesiones de bienes jurídicos causados por los subordinados en el ejercicio de su actividad para la empresa como si hubieran sido causadas por su propia conducta³⁴.

Es decir, que la actitud omisiva del órgano representante de la empresa o del titular de la misma es la base para hacerlo imputable por la responsabilidad que tiene a su cargo de dirección, organización y control por los actos de los subordinados en las actividades de la función que ocupa. Existe pues, un deber de evitar la comisión de un hecho típico con

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte general. Pág. 564.

³⁴ BERRUEZO, Rafael. Responsabilidad Penal de la Estructura de la Empresa, Imputación jurídico-penal sobre la base de roles. Pág. 87.

el patrocinio de la empresa por parte de los integrantes de la misma, tanto para daños dentro como fuera de la empresa.

En este sentido se afirma que en base a la responsabilidad de la organización y dirección de una empresa surge un deber de aseguramiento frente a los peligros que se pudiesen derivar de la actividad de la misma.

Lo resaltable de la posición de garante es que:

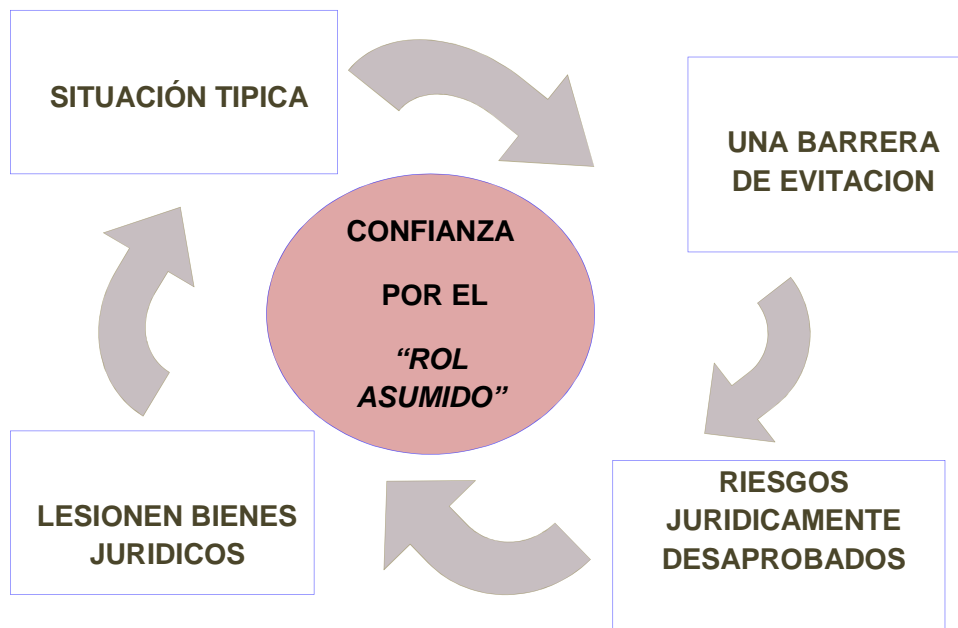
[...] sirve para cubrir vacíos de punibilidad derivados de las dificultades probatorias de una responsabilidad por omisión del titular de una empresa. Y en el plano dogmático, se trata de un tipo que solamente podría aplicarse subsidiariamente en caso de no ser posible una incriminación directa del empresario o directivo³⁵.

Rafael Cuneo Libarona sostiene que resulta garante la persona o el empleado (en una estructura empresarial) que representa una barrera de contención, ante una situación típica de peligro, que posee el deber jurídico de evitar la creación de riesgos jurídicamente desaprobados que produzcan resultados lesivos.³⁶

El citado autor, grafica su pensamiento del siguiente modo:

³⁵ BERRUEZO, Rafael. Responsabilidad Penal de la Estructura de la Empresa, Imputación jurídico-penal sobre la base de roles. Pág. 90. Citando a THIEMANN. Ver García Caveró, ob. cit. p. 341.

³⁶ CUNEO LIBARONA, Rafael "Responsabilidad Penal del Empresario", ASTREA, Bs. As. 2011.



36

En consecuencia, dentro del ámbito de las Empresas, el objetivo de la posición de garante, es castigar a quien ostente esta calidad por la infracción, ya sea dolosa o culposa, del deber de vigilancia de cual surge la obligación de evitar la comisión de delitos desde la empresa.

2.2 Fuentes de la Teoría de Posición de Garante. Determinación

Es indispensable que la legislación penal requiera que para la determinación de los delitos de omisión impropia, se tenga como fuente los deberes jurídicos y no solo morales. Es decir que, como estamos hablando de delitos de omisión, el deber jurídico de realizar una acción es igual de relevante como el deber jurídico de omitirla en los delitos de comisión.

Como ya se ha manifestado, la doctrina mayoritaria fundamenta los delitos de comisión por omisión en la noción de la posición de garante. Lo importante en estas circunstancias es reconocer cuando aparece este elemento fundamentador del delito.

Para deducir la existencia de la posición de garante respecto a un bien jurídico determinado nos basamos en determinadas fuentes como la ley, el contrato y la injerencia (actuar precedente peligroso).

Esta clasificación ha sido tomada desde el punto de vista formal, puesto que la doctrina hace diversas clasificaciones en cuanto a fundamentar la posición de garante se refiere. Sin embargo luego haremos un análisis sobre la legitimidad material de la fuente y de sus límites.

Lo importante para aplicar la teoría de la posición de garante en los delitos de omisión impropia es reconocer de dónde nace tal posición, cómo se establece o cómo se determina tal relación entre el autor (omitente) y el bien jurídico (lesionado).

Muchas legislaciones penales se han inclinado por definir las fuentes de donde nace la posición de garante, sin embargo la doctrina todavía discute la conveniencia de enumerar las fuentes de la obligación del garante con precisión, puesto que si por un lado esto elimina contravenir el principio de legalidad, también por otro lado se dejaría fuera una serie de situaciones punibles que podrían presentarse. En todo caso en este estudio se prefiere definir de una manera casuística las principales fuentes de las cuales se deriva la obligación de actuar por el cuidado y protección de un bien jurídico determinado.

Cuando la ley no identifica específicamente cuales son las fuentes del deber de obrar, debemos hallar las respuestas en la doctrina.

Se habla de manera genérica respecto a la confianza depositada sobre una persona para la protección de un bien, generada por ella misma. Como dice Novoa, citado por Terragni:

[...] se dice que tiene la obligación jurídica de obrar para impedir una lesión a bienes jurídicos ajenos quien ha asumido una posición especial que le impone su defensa o quien haya creado una fuente de peligro para ellos o aumentado los riesgos ya existentes; todo ello con el fin de evitar que pueda producirse una lesión teniendo en cuenta que los afectados están imposibilitados de protegerse a sí mismos, o disminuyeron o eliminaron sus precauciones, o suprimieron un aparato de seguridad ya existente, o renunciaron a otras medidas de resguardo, confiados en que aquel sobre quien ahora recae la obligación intervendría activamente para impedir la lesión”³⁷.

Sin embargo otra parte de la doctrina sostiene que para determinar la posición de garante basta con que se pruebe la existencia estrecha entre el omitente y el bien jurídico que requiere de su actuar protectorio para salvarlo.

Terragni propone como fuentes de la posición de garante las siguientes:

la ley, el contrato, el hecho anterior que pone en peligro el bien jurídico (injerencia), las relaciones especiales de comunidad, la asunción de una función de protección y la supervigilancia de fuentes de peligro que están en el propio ámbito de dominio o que se proyecta sobre el actuar de terceros³⁸.

Sin embargo este es sólo una enumeración relativa, pues no se puede deducir todas las situaciones que puedan presentarse como fuentes de la calidad de garante.

La teoría de las fuentes de la posición de garante es un intento por evitar que se amplíe demasiado la aplicación de los delitos de omisión impropia, y por lo tanto el abuso de los mismos para sancionar todo tipo de omisiones que no tienen, en sí, una fuente en alguna posición de garantía sobre el bien jurídico lesionado.

³⁷ TERRAGNI, Marco Antonio. Derecho Penal, Derecho Procesal Penal. Omisión Impropia y Posición de Garante. Pág. 125 y 126.

³⁸ TERRAGNI, Marco Antonio. Derecho Penal, Derecho Procesal Penal. Omisión Impropia y Posición de Garante. Pág. 126 y 127.

Vamos a analizar tres de las fuentes tradicionales del derecho en cuanto a determinar la posición de garante se refieren. Estas son: la ley, el contrato y un actuar precedente (injerencia).

Una de las posiciones de garante que tienen su fuente en la ley, reconocida por la mayoría de legislaciones, es la que nace de la estrecha relación familiar, en la cual se asegura la existencia de un deber de garante para los padres, hijos y cónyuges, por lo tanto, la obligación de precautelar por su vida impidiendo la muerte o lesiones del familiar. Tal es la razón por la que el derecho penal agrava la pena para aquellos delitos que se cometan bajo circunstancias de parentesco, el caso del parricidio por ejemplo.

Otras situaciones determinadas por la ley como posiciones de garante son aquellas basadas en la calidad profesional, como cuando el médico es garante por la vida de sus pacientes. Aquí se puede citar a un sinnúmero de situaciones que se dan en la vida empresarial con aspectos en los cuales lo directivos, jefes, gerentes o encargados tienen una calidad de garantes con respecto a determinados bienes jurídicos que pueden ser afectados en el ejercicio de su actividad comercial. Casos estos que en algunas circunstancias están tipificados y determinados por la ley.

La ley es considerada como el fundamento de la calidad específica del sujeto activo en cualquier clase de delito, por lo tanto para encarar un delito de omisión impropia debemos fundamentar la calidad de garante para imputarle el resultado del hacer negativo.

A pesar de lo dicho debemos manifestar que esta posición es de poca utilidad, puesto que es imposible prever todas las circunstancias en las que una persona está obligada a evitar la producción de un resultado típico.

Sin embargo, debemos reconocer que actualmente, se conoce a la ley como la principal fuente de la calidad de garante. Pero para esto debemos tener claro el concepto de ley en vista de que esto mismo puede llegar a causar polémicas en cuanto a su interpretación.

Con relación al concepto de ley se han formulado dos criterios. La primera corriente sostiene que por ley debe entenderse tan sólo aquellas normas que se generaron a partir de un proceso legislativo, cumpliendo para ello todos los requisitos que su creación exige. Ante esta situación se dice que se puede hablar de una posición de garante surgida de la ley, tomando para ella un concepto e interpretación, meramente restrictivo.

Por otro lado, una segunda corriente manifiesta que por ley también debe tomarse en cuenta, además de las creadas en proceso legislativo, aquellas que tengan carácter consuetudinario y jurisprudencial, ya que las mismas pueden dar origen a la posición de garante como parte integrante de un ordenamiento jurídico.

Desde mi punto de vista, me parece que la segunda corriente está más adaptada a la realidad, puesto que muchas normas consuetudinarias y, sobre todo jurisprudenciales, tienen el dinamismo para ser consideradas fuente de la calidad de garante. Por lo tanto, es mejor tomar el concepto de ley desde un punto de vista más amplio y no tan restringido, en donde se abarque a los criterios jurisprudenciales, que además son de carácter obligatorio y, sobre todo, van evolucionando a la par de la sociedad y los conflictos que en ella van surgiendo, sin desmerecer el criterio restrictivo en cuanto a la interpretación del derecho penal.

El contrato es otra de las fuentes de la posición de garante. Por mucho tiempo ésta ha sido una fuente muy discutida en cuanto a su aplicación a determinados casos. Para tener una noción exacta de lo que se habla por contrato, tendríamos que recurrir al concepto que en

materia civil se le asigna, así como a sus requisitos de validez. Por lo tanto, para que penalmente se pueda reconocer al contrato como fuente de la calidad de garante, se debe analizar de acuerdo al ordenamiento jurídico civil si el mismo cumple con los elementos de existencia y requisitos de validez para ser considerado precisamente, como existente y válido, por lo tanto capaz de causar efectos y generar una posición de garante.

Se debe analizar la situación de que el contrato puede impugnarse por nulidad, entonces estaríamos frente a la interrogante de si es válida o no como fuente de la posición de garante. “Esta advertencia la formulan Stratenwerh y Welzcel, -citados por Terragni- insistiendo este último en la importancia del asumir fáctico y no en la eficacia jurídico-civil del acuerdo”³⁹. En realidad lo que se debe tomar en cuenta es que, válido o nulo el contrato, el omitente haya conocido, aceptado y asumido la obligación jurídica de preservar y cuidar el bien jurídico lesionado.

En efecto, en opinión de Rafael Cuneo Libarona, la teoría formal de las fuentes del deber adolecía de ciertas deficiencias para un importante sector de la doctrina que graficaba su crítica con tres ejemplos, a saber:

1. El sobrino huérfano, criado por su tía, no tenía hacia ella los deberes que le incumbían respecto de sus progenitores por imperio de la ley,⁴⁰
2. Los concubinos que carecen del vínculo legalizado.⁴¹

³⁹ TERRAGNI, Marco Antonio. Derecho Penal, Derecho Procesal Penal. Omisión Impropia y Posición de Garante. Pág. 126.

⁴⁰ Cfr. Sentencia del OGH, (SSt XIV, N° 20) de 1934, al tiempo el mismo OGH modificó su criterio en la sentencia (SSt XXI, N°1) de 1960

⁴¹ Un Tribunal de Alzada austriaco revocó la sentencia condenatoria del novio de la víctima por la comisión del delito de homicidio con el fundamento de que el imputado carecía de obligación legal hacia la víctima por no haberse celebrado el matrimonio entre ambos.

3. La nulidad del contrato eliminaba la fuente del deber de actuar. Así el resultado lesivo provocado por la inactividad del garante quedaba impune por la mera existencia formal de un vicio en el contrato que motivó la nulidad del acto jurídico.

Las observaciones realizadas a la teoría “formal de las fuentes del deber” motivaron que: la ley fuera sustituida por el concepto de “estrechas comunidades de vida” y el negocio jurídico o contrato, fuera sustituido por “la libre aceptación de un deber de actuar”.⁴²

Así nació, finalmente, la teoría “funcional” del maestro Armin Kaufmann, referente autor finalista, utilizando una determinación de las posiciones de garante aplicados desde los criterios materiales, concluyó que el obligado por el deber ocupa una posición de garante⁴³ a través de una función de protección de un bien jurídico o un deber de control de una fuente de peligro⁴⁴ cuyo recaudo insoslayable se espeja en la estrecha relación del omitente con el bien jurídico determinado.

En este sentido, se destacaba que sólo la infracción de quien ejercía la condición de garante -por su estrecha relación con la fuente de peligro- resultaba constitutiva de la comisión de los delitos omisivos impropios a raíz de la no evitación del resultado dañoso.⁴⁵

⁴² CUNEO LIBARONA, RAFAEL, ob, cit.

⁴³ KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1995, págs. 284/287. BACIGALUPO, Enrique: *La responsabilidad penal de las sociedades, actuaciones en nombre de otro, responsabilidad de los Consejos de Administración, responsabilidad de los subordinados*. Cfr. *La posición de garante ...* ob. cit., pág.67.

⁴⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. F. Muñoz Conde y S. Mir Puig, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, págs. 565 y sigtes; BACIGALUPO, Enrique *Delitos...*, ob. cit., págs. 120 y sigtes. MIR PUIG, Santiago *Derecho...*, ob. cit., págs 308 y sigtes. HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pág. 82.

⁴⁵ KAUFMANN, Armin, *La dogmática de los delitos de omisión*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, España, año 2006.

Actualmente, se considera que “basta con la simple asunción o aceptación efectiva de la custodia del bien jurídico para que se configure la calidad de garante”⁴⁶. Es por esto, que en varias legislaciones se ha considerado como fuente de la posición del garante a la libre aceptación efectiva, dejando de un lado las consideraciones y requisitos que pueda exigir el contrato como tal en el ordenamiento jurídico-civil.

Así lo sostiene Bacigalupo al manifestar que “es claro que quien asume la obligación de organizar la actividad para proteger un bien jurídico, determina que el titular del mismo confíe en su protección y lo deje en manos del que aceptó protegerlo”⁴⁷.

Por último, analizaremos el actuar precedente o injerencia como fuente de la posición de garante. Esta fuente ha causado mucha polémica entre los tratadistas, pues no se encuentra delimitado de manera específica su contenido y alcance.

Su fundamento se concreta en el principio *neminem ledere*, es decir, que quien con su conducta ha generado un riesgo, se constituye como garante de los bienes jurídicos expuestos a un peligro. Por lo tanto hay un deber de actuar, de no hacerlo se imputa el resultado típico como un delito de omisión impropia.

Es de gran importancia el actuar precedente como fuente de la posición de garante porque se basa en que se tiene la responsabilidad al momento de generar un riesgo, de evitar la producción del resultado típico causado por, precisamente, el riesgo que ha creado el sujeto, poniéndole así como garante.

⁴⁶ FUENTES BARRAGÁN, Wendy. Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM Vol.2, No. 3. Pág. 269.

⁴⁷ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Derecho procesal penal. Pág 35.

En este punto influye el tema del riesgo, tratado por Jakobs como el riesgo creado y el riesgo permitido, sin embargo este tema será parte del análisis de un capítulo posterior, donde se tratará con profundidad.

En conclusión lo que se pretende considerando como fuente el actuar precedente de una acción lícita o ilícita, es que el sujeto que origina el riesgo tendría que cargar con los deberes de salvamento para impedir un resultado lesivo.

2.3 Funciones o deberes de la Posición de Garante

Para analizar las funciones del garante debemos considerar que estas pueden surgir de dos tipos de situaciones, la primera de la posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo, y la segunda, la posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro.

En palabras de Jakobs, y ordenando los deberes de acuerdo a su contenido, manifiesta:

Una parte de los deberes sirve a la defensa de un bien determinado contra procesos que afecten a su existencia (deber de garante de protección, deber de garante de custodia), otra parte a la vigilancia de una determinada fuente de peligro a favor de todos los bienes que potencialmente pueden resultar afectados (deber de garante de vigilancia, deber de aseguramiento)⁴⁸.

La diferencia entre los dos deberes y funciones destacados es, precisamente, la orientación del deber de garante. En el primer caso la vinculación del omitente es con el bien jurídico a través de su titular. En el segundo caso, en cambio, la vinculación es de cualquier bien jurídico frente al peligro de un resultado lesivo.

En cuanto a los deberes de protección respecto a determinados bienes jurídicos, estos pueden derivarse de la “solidaridad natural con el titular del bien jurídico, de las estrechas

⁴⁸ JAKOBS, Günther. Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación. Pág. 969.

relaciones de comunidad y de la asunción de la custodia”⁴⁹. Además es necesario considerar que por más que la solidaridad natural sea una de las razones más importantes y evidentes de deducir las obligaciones y deberes del garante, también es necesario resaltar que no tiene eficacia jurídico-penal, pues deja la interrogante de con cuánta amplitud debe tratarse el tema de las garantías en este ámbito.

En estos casos estamos frente a la responsabilidad de un bien jurídico, por ejemplo el de la niñera con el niño que cuida, o el de guarda costas con los bañistas en una playa, por lo general se está hablando de personas necesitadas o personas que, dentro de sus actividades, puedan correr alguna clase de peligro y precisamente su posición es la de garantizar su cuidado y protección.

Por lo tanto estamos hablando de una relación del garante con uno o más bienes jurídicos que pueden ser de uno o más titulares, en la cual el sentido de la protección y el cuidado está orientado directamente a la defensa del bien jurídico.

Similar situación de obligación de protección y cuidado es la que se genera en el seno de la familia (convivencia), en este caso la posición de garante sería de aquel que tiene la obligación dentro del hogar de proteger la vida o la integridad corporal, como lo sería de los padres a los hijos (cuando estos son menores todavía). Circunstancias como estas se pueden atribuir también a los funcionarios que entre sus competencias dentro de una organización tienen la obligación de velar por determinados bienes jurídicos.

En este sentido, lo que define la posición de garante y por lo tanto determina su obligación de evitar la lesión de un bien jurídico es en realidad el grado de intimidad que tiene con el mismo, por lo cual se le impone defenderlo ante cualquier evento en el que

⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte general. Pág. 565.

pueda resultar comprometido. Como dice Bacigalupo, “un deber meramente moral no es fundamentalmente suficiente para determinar una posición de garante”⁵⁰, por lo que este tipo de deberes y obligaciones vienen expresados generalmente en fuentes como la ley y el contrato.

Por otro lado, en cuanto a la posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro, nos referimos a los casos en los que el omitente ha asumido una garantía de seguridad respecto a la fuente de peligro que está bajo su dominio y control.

En decir, aparece la posición de garante cuando la seguridad del bien jurídico depende de la vigilancia y control de determinadas circunstancias generadoras de riesgo ya existentes. Por ejemplo, el hecho de tener un animal salvaje o un arma. Como también puede generarse el riesgo por una acción u omisión precedente, contraria a derecho, como la de no cumplir con requisitos o normas municipales de seguridad para llevar a cabo un evento, precisiones estas que aumentan el riesgo para las personas que acuden al mismo.

En estos casos se configura una posición de garante en la que el sujeto está para evitar la producción del resultado típico tomando los recaudos necesarios a fin de contrarrestar la fuente de peligro. Por lo tanto, y adhiriéndonos al criterio de Bacigalupo, “se trata aquí no de una protección en general de peligros derivados de una fuente determinada, sino de casos en los que habrá que determinar la relación concreta del sujeto con el bien jurídico lesionado”⁵¹.

En el caso de los funcionarios, tanto públicos como privados, en pro de administrar una organización bajo estatutos que definen comportamientos y actitudes, tienen el poder

⁵⁰ BACIGALUPO, Enrique. Delitos Improprios de Omisión. Pág. 145.

⁵¹ BACIGALUPO, Enrique. Delitos Improprios de Omisión. Pág. 147.

decidir como encauzar a sus subordinados para que su conducta no genere daños sobre bienes jurídicos.

Para que el sujeto esté en una posición de garante debe situarse en una situación de peligro que bien pudo haberla generado él mismo (tener un animal salvaje) o estar ahí, precisamente, para evitar que esa situación de peligro cause algún daño a un bien jurídico (el policía).

Jescheck divide en tres subgrupos la definición del deber de cuidado de una fuente de peligro en la posición de garante, que son:

[...] en primer lugar, a través de un previo comportamiento peligroso puede crear una situación de riesgo para otras personas, correspondiendo al garante eliminarla. En segundo lugar, pueden originar el deber de garante las fuentes de peligro ubicadas en el propio ámbito social de dominio. Por último, existe un deber de controlar la actuación de personas que el garante ha de vigilar⁵².

El primer caso descrito por Jescheck se deriva de la prohibición de hacer daño a otro. En este caso el sujeto debe procurar que el comportamiento previo que ha creado una situación socialmente peligrosa, no genere un resultado típico.

El segundo caso hace referencia al dominio propio que tiene el garante de la custodia de un bien jurídico, sin importar si este asumió voluntariamente la misma o viene dada por su injerencia. Su fundamento es la confianza que la sociedad no debe perder en quien ejerce el poder sobre determinado ámbito, situación o espacio, en el cual se deben controlar los riesgos que surjan por diferentes circunstancias.

Por último, en el tercer caso, se habla del deber de cuidado del garante respecto a la actuación de terceras personas. Es decir, la sociedad pone en manos de un sujeto, que queda en posición de garante la vigilancia de un bien jurídico, esto lo hace como

⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte general. Pág. 567 y 568.

autoridad de control (el caso del policía) por lo tanto, su función es dominar el peligro que surge de su posición.

Capítulo III: Responsabilidad del Garante dentro de la Empresa

3.1. Nociones generales de Empresa

Cuando nos referimos a una empresa estamos hablando de una institución o ente económico que a base de la toma de decisiones emplea los factores de producción con el objetivo de ofrecer bienes y servicios dentro del mercado.

Para desarrollar su actividad económica y productiva se elabora un sistema de organización, planificación, control y administración, el cual debe estar encuadrado dentro de una forma jurídica que le permita desarrollar su actividad realizando contratos, obteniendo recursos financieros, así como ejerciendo sus derechos sobre los bienes que posee y produce.

Actualmente las empresas se han convertido en un instrumento universal para abastecer la demanda del público en la mayor parte de los bienes y servicios que existen en el mercado. Para cumplir este objetivo se necesita de personas ligadas entre sí mediante un compromiso o relación contractual de colaboración con los fines de la empresa a la que se representa.

La figura del empresario, de los directores o administradores de la empresa aparecen como piezas fundamentales para el funcionamiento y desarrollo de la misma. Como tal tienen una alta esfera de responsabilidad en el desarrollo de su actividad económica con respecto a los riesgos que se pueden crear en relación a la actividad que realizan. Así mismo, esa responsabilidad se vuelve específica cuando se da la división de funciones y poderes dentro de la empresa. Ahí es cuando el derecho puede imputar un riesgo producido por una empresa a un determinado empleado, cuando se demuestre que dentro

de sus actividades ejercía un papel de garante ante determinados bienes jurídicos puestos en riesgo o dañados.

Los riesgos jurídicamente desaprobados que se dan en la esfera de la actividad empresarial, generalmente se manifiestan en un alto número de desastres ambientales, en la producción y venta de productos defectuosos y en el negligente comportamiento de los empleados de la organización quienes no tienen una normativa adecuada en el que se encuadre el ejercicio de sus actividades a fin de cumplir con el deber de cuidado que conlleve a evitar un daño a un bien jurídicamente protegido.

Esto conlleva a considerar a las empresas como fuentes de peligro, por lo que el derecho penal moderno exige por parte de los directores de la empresa un especial cuidado en sus operaciones y que por tanto, estén alineadas estrechamente con el cumplimiento de la normativa aplicable a las actividades que realizan, evitando de esta manera un daño o lesión a bienes jurídicos protegidos, los cuales generalmente se traducen en desastres a gran escala.

En efecto, el mapa de la criminalidad indica que a los delitos de bagatela corresponde el 94% y el 6% a los delitos provenientes de organizaciones que, curiosamente y a pesar de su notable índice inferior, generan una tremenda dañosidad social del 65% del perjuicio global”.⁵³

Hay que destacar que las empresas son pilares fundamentales para el crecimiento de las naciones, además tienen una alta influencia en la población, por lo tanto, para que su evolución se encuentre al margen de la producción de daños a bienes jurídicamente desaprobados, es necesario crear un marco legal que regule sus operaciones y un exigente control en cuanto al cumplimiento de sus deberes.

⁵³ CUNEO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 9. Citando el Informe de UNICRI-CINAF, documento MCC-46/2011.

Bajo este contexto, es fundamental que el derecho penal determine opciones para imputar un delito cometido dentro de la esfera empresarial, individualizando al agente que en sus funciones tenía el deber de cuidado o la posibilidad de evitar un riesgo jurídicamente desaprobado y no lo hizo, desobligándose de las funciones encargadas.

De este modo cuando hablamos de empresa nos referimos a una organización con una estructura jerarquizada basada en el principio de división de trabajo y funciones. Estamos frente a una estructura piramidal, esta va desde un vértice estratégico donde están los que toman decisiones, pasando por una línea intermedia de mando que son los que transmiten y coordinan decisiones, hasta llegar al núcleo de operaciones, es decir, los que ejecutan las decisiones.

Dentro de la organización de la empresa se dividen y se encomiendan funciones de acuerdo a las competencias y habilidades de los integrantes, y por supuesto, de esta manera se cubren las necesidades que una empresa requiere para optimizar su actividad.

Actualmente podemos percatarnos de una creciente evolución en lo que respecta al derecho penal en el ámbito empresarial y de la actividad económica, ocupándose cada vez mas de comportamientos ligados a las consecuencias que se puedan generar en las actividades de las sociedades mercantiles.

En cuanto a los delitos cometidos dentro de la empresa, se presentan varias dificultades para su imputación que surgen, precisamente, de su organización y estructura, de distribución de competencias y delegación en las toma de decisiones en niveles inferiores; por esta razón resulta complicado identificar al autor de un hecho típico cuando las responsabilidades dentro de este tipo de organización se basan en garantizar determinados bienes jurídicos.

Tal es el caso por el que se discute mucho sobre si es posible atribuirle la responsabilidad penal a una persona jurídica (empresa) o si deben ser castigados sus integrantes. Sobre este tema hay una gran polémica dogmática, por lo tanto el análisis se va a centrar en la responsabilidad de los integrantes de la empresa y en su posición de garante.

3.2. Estructuras Jerárquicas dentro de la Empresa. División de tareas.

Cuando hablamos de jerarquía nos referimos a un estatus o rango que posee determinada persona dentro de una organización. De su grado de jerarquía se desprenderán sus funciones, obligaciones y responsabilidades, así como sus derechos y beneficios.

Es necesario la delegación de las labores en diferentes escalafones jerárquicos dentro de una empresa, pues estos funcionan como controladores de las operaciones existiendo un garante en cada una y fijando un sistema de control más adecuado que permita identificar el responsable de evitar un riesgo jurídicamente desaprobado.

Para identificar responsabilidades dentro de los directivos de las empresas, se deberá ver la relación del riesgo que provocó un daño a un bien jurídicamente protegido y las funciones y obligaciones de funcionario de la empresa que estuvo más cerca del peligro a evitar.

Precisamente en las estructuras jerárquicas de las empresas surge la posición de garante basado en una relación especial de confianza. Así lo explica Jakobs, citado por Bacigalupo:

En estos casos el titular de los bienes jurídicos pone en manos de otro la defensa de los mismos o bien acepta que sus bienes jurídicos sean introducidos en el ámbito espacial de organización de otro que tiene el dominio del mismo, en la confianza de que en una

situación de necesidad para los mismos, éstos contarán con la defensa y la ayuda del titular de dicho ámbito⁵⁴.

Como una de las principales características del ámbito empresarial reconocemos el principio de la división del trabajo, por medio del cual se dan sistemas de organización a través de estructuras jerárquicas. Estos modelos empresariales se dan a consecuencia de la cantidad de actividades y gestiones que no pueden ser encomendados a una sola persona, por lo tanto el dominio de ciertas situaciones suele ser delegado de manera subordinada a un jefe, es decir, existe un sistema escalonado de funciones.

Este sistema jerárquico pretende la delegación de competencia, con el fin de optimizar la gestión empresarial, puesto que no todos los sujetos pertenecientes a una organización saben o manejan todos los temas competentes a su actividad, no se puede pretender que un solo trabajador esté al tanto de absolutamente todos los detalles de lo que sucede dentro de la empresa. “En la medida en que los sujetos puedan despreocuparse de los ámbitos de gestión que les son ajenos, tienen la posibilidad de dedicarse con mayor ahínco al desempeño de su función concreta, lo que revierte en una mayor eficacia global”⁵⁵.

La posibilidad de que los integrantes de una empresa, puedan actuar de acuerdo a determinadas funciones, es una ventaja para cualquier nivel jerárquico, porque esto en cierta medida los libera de conocer situaciones que no le son útiles o necesarias para desempeñar el cargo designado.

Hay que reconocer que en sociedades mercantiles de gran tamaño no se puede exigir a sus directivos que conozcan los mínimos detalles de problemas que pueden surgir dentro

⁵⁴ BACIGALUPO, Enrique Zapater. Derecho Penal: Derecho Procesal Penal. Pág. 37.

⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Revista de Derecho Penal: Delitos culposos I. Pág. 204.

de la misma, estos serán resueltos por subordinados competentes que ni siquiera necesitarán poner al tanto a los directivos para solucionarlos, en ciertos casos.

Sin embargo, y como ya lo veremos al analizar el tema de la delegación, los superiores jerárquicos siempre van a tener a cargo el deber de vigilancia y, por lo tanto, evitar que dentro de su ámbito de control se produzcan conductas antijurídicas por parte de sus inferiores, dentro de la estructura jerárquica (posición de garantía).

Es interesante y explicativo el ejemplo siguiente propuesto por el doctor Rafael Cuneo Liborona:

Tal es el caso del operador que, en forma urgente, apremiado por las obligaciones laborales y personales, envió un correo electrónico a su inferior al final de la jornada informando que la mercadería depositada en el acoplado del camión contenía un elevado contenido tóxico y, por tal razón, no debía ser arrojada al río, y se retira de la oficina sin confirmar su recepción. Al día siguiente, el operador advierte que el mail 'fue rebotado' y, minutos después le informan sobre el fallecimiento de varias personas por contaminación, porque la mercadería había sido arrojada al río.⁵⁶

En este caso el riesgo jurídicamente desaprobado se genera en la autoridad que no hace conocer a su personal la orden adecuadamente, si bien la tecnología hoy en día nos acerca más a través de los medios de comunicación, también estos tienen sus falencias y si no prevemos estas situaciones es posible que acaezcan eventos trágicos imputables a la irresponsabilidad, no precisamente del que como en este caso tiró los desperdicios al río, sino de quien, teniendo el dominio global de la situación y conociendo las consecuencias, no pudo prever una posible falla en el sistema que uso para comunicar a su personal y tomar una medida adecuada que no produzca un daño al bien jurídicamente protegido como es el caso del ejemplo citado.

⁵⁶ CUNEO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 13.

Tal es la importancia de los roles en los puestos superiormente jerárquicos dentro de estas organizaciones, que se tiende a buscar la responsabilidad en aquel que tenga el control de toda la empresa, pues es el legitimado a usar los medios de control y vigilancia sobre el resto de escalafones jerárquicos, cuando lo importante es identificar el dominio sobre la causa del resultado para configurar su posición de garante en razón de los deberes que nacen del cargo que ostenta. Así lo ha manifestado Armin Kaufmann, citado por Ma. Paz Batista González: “es preciso distinguir entre ‘fundamentación del deber’ y ‘fundamentación de la posición de garante’ de manera que el obligado por el deber ocupe una posición de garante”⁵⁷.

Por lo tanto, dentro de una estructura jerárquica, cada cargo tiene a su cuenta determinados deberes y obligaciones referentes al principio de aseguramiento de una fuente de peligro. Es decir, que por estar él (y no otras personas) responsable de los medios y el dominio para evitar una situación de efectos dañinos que determinen un resultado típico, se configura su calidad de garante ante determinados bienes jurídicos (los que estén dentro de su custodia, dominio, o que tenga los medios para salvarlos).

Para deducir una responsabilidad en los cargos superiores estaríamos hablando que, dentro de su deber de vigilancia, tendría dominio efectivo sobre terceras personas bajo su subordinación, que produzcan un resultado típico. Esta situación podría serle imputable a su superior basándose en un delito de omisión impropia, puesto que al tener la posibilidad de vigilancia y de emitir órdenes de carácter obligatorio, se sitúa en una posición de garante, por lo tanto como autor de un delito de comisión por omisión.

⁵⁷ BATISTA GONZALEZ, Ma. Paz. Medios de Comunicación y Responsabilidad Penal. Pág. 123.

Citando a Ma. Paz Batista, quien ha tomado el criterio de Silvia Sánchez, se resalta el hecho de que, “en el ámbito empresarial, no resulte adecuado que el principio de autorresponsabilidad (del colaborado subordinado) pueda operar como barrera para la imputación a los superiores jerárquicos de la organización -titulares del ámbito de organización-”⁵⁸.

Como hemos recalcado en capítulos anteriores, la legislación alemana, ha tenido un desarrollo importante en cuanto al tema que hemos venido tratando. Es por esto que en su Art. 13 OWiG establece la sanción para quien omite las medidas de control y vigilancia necesarias para evitar infracciones a estos deberes (normas estas que serán analizadas en el siguiente capítulo junto con otras legislaciones).

Por lo tanto, la obediencia es lo que determina una estructura y una relación jerárquica, en la que el trabajador subordinado debe conocer los riesgos de su actividad para evitar un resultado lesivo, sin embargo, su superior seguirá siendo el titular de la actividad, obligado a vigilar y controlar cualquier desviación de sus empleados que podrían derivar en una situación típica.

En consecuencia el directorio de la empresa se convierte en un garante originario el cual despliega las funciones en los diferentes escalafones de la organización, distribuyendo tareas y delegando funciones, generándole una calidad de garante que le exige una cuidadosa selección del personal asignando únicamente las actividades para las cuales son competentes y proporcionando los medios necesarios para que las operaciones de la empresa se den en un ambiente de seguridad interna y externa, a fin de evitar dañar bienes jurídicamente protegidos. Por lo tanto, este garante originario debe estar liberado

⁵⁸ BATISTA GONZALEZ, Ma. Paz. Medios de Comunicación y Responsabilidad Penal. Pág. 125.

de la responsabilidad penal por las imprudencias ocurridas por parte del delegado, siempre y cuando haya cumplido con toda la normativa vigente aplicable y las exigencias mencionadas.

Por otro lado, si este garante originario no cumpliera con un sistema organizado de control, supervisión y selección idónea del personal, entre otras deficiencias que podrían citarse, será responsable penalmente por la comisión u omisión de un acto lesivo a un bien jurídico protegido por parte de su subordinado o garante delegado.

“La delegación de tareas no extingue totalmente la posición de garante, sino la transforma cualitativamente de modo que subsiste en cabeza del garante originario un deber de organización propicio para contar con un diligente control del cumplimiento de tareas”.⁵⁹

Hay que hacer hincapié en el hecho de que existe el principio de confianza y, en el caso de que se haya confiado en el sistema de control, vigilancia y selección de personal, además se proveyeran los mecanismos necesarios para ejecutar la actividad encomendada; sería inadecuado extender la responsabilidad al director de la empresa exigiéndole un cuidado mayor sobre un bien jurídico determinado, no se puede exigir lo imposible o pensar siquiera la previsión de un hecho que pudo estar fuera de su dominio global, a pesar de los cuidados y meticulosidad que se tenga dentro de la organización. Los empleados en el ejercicio de sus funciones pueden actuar de manera contraria a la exigida por la empresa, sin embargo no siempre es un hecho del cual el presidente, por ejemplo, es capaz de darse cuenta, puesto que sería imposible pretender en una sociedad mercantilista de gran escala, que se establezca la obligación de controlar personalmente a los empleados.

⁵⁹ CUNEO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 15.

Por otro lado en el caso del plano horizontal en las relaciones empresariales, el criterio de este trabajo es que no se puede exigir a un empleado que controle a otro de igual jerarquía, con más razón aún, porque no depende de este su contratación como personal idóneo para realizar las funciones encomendadas.

Definir quien o quienes dentro de una empresa son responsables penalmente por un ilícito no siempre es sencillo, sin embargo se deberá relacionar el suceso causante del daño a las atribuciones y funciones encomendadas dentro de la organización, por lo que cabe un análisis con mucho detenimiento respecto a su estructura piramidal; sin embargo y como lo explica el doctor Rafael Cuneo Libarona:

[...] la realidad forense nos demuestra que ante la existencia de un suceso punible acaecido en algún estamento piramidal de la compañía resulta embarazoso delimitar judicialmente, los planos horizontales o verticales, pues, en la cotidianeidad laboral, existen sinnúmero de ‘zonas grises’ que empañan el esclarecimiento de los roles asignados a los fines de atribuir responsabilidades.⁶⁰

3.3. Principio de Confianza.- Delegación de la Posición de Garante

En cuanto a lo que concierne a las estructuras empresariales de hoy en día se debe destacar como eje principal de las actividades que se generen en la empresa, el principio de confianza, puesto que para la organización lo más común es que se haga una distribución de tareas y delegación de funciones. Bajo dicho contexto, es evidente que para los miembros del directorio de una empresa o sociedad es prácticamente imposible tener un dominio global de todas las operaciones que se realicen en la misma, puesto que hay diferentes áreas, cada una especializada en algún objetivo y no se podría suponer que en la cabeza de, por ejemplo, el presidente de una empresa está el dominio de cada una de

⁶⁰ CUNEO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 17.

las operaciones, salvo una especial responsabilidad de vigilancia y control, la cual muchas veces no se deriva en un conocimiento absoluto de todas las actividades que se realicen en la organización.

Ya en el ámbito social la posibilidad de confianza entre los miembros de una comunidad se vuelve un pilar de la convivencia. Ahora bien, en el plano empresarial este es un principio rector de los negocios de cualquier índole, puesto que para poder encargar una actividad a título de delegación, se requiere fundamentarse en un principio de confianza.

Sin embargo la posibilidad de confiar funciones a otra persona, claramente encierra un carácter exoneratorio por las responsabilidades penales que podrían surgir por acciones u omisiones del delegado. Esto, como ya se ha manifestado, no deja en el campo de la impunidad a los superiores encargados de controlar y vigilar que sus subordinados cumplan la delegación impuesta de acuerdo a derecho, es más, se sigue manteniendo la posición de garante por el deber de vigilancia y de evitar conductas antijurídicas por parte de sus subordinados.

Ahora bien, se habla también en ciertas organizaciones de la delegación, no solo de actividades, sino también de deberes de vigilancia y control, puesto que no es posible en empresas de grandes proporciones, que una sola persona tenga el dominio efectivo sobre la vigilancia de una gran cantidad de deberes. La delegación de los deberes de vigilancia es una forma de optimizar la tutela de bienes jurídicos.

A la delegación de funciones de vigilancia se ha referido la jurisprudencia en la STS 653/94, al señalar que:

No es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas

capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar⁶¹.

He considerado importante citar este comentario de jurisprudencia tomado en la obra de Ma. Paz Batista, puesto que ha descrito de manera muy apropiada que la delegación de la posición de garante es, no solo factible, sino en muchos de los casos es, inclusive, necesaria e imperiosa. Además vale recalcar la posición que ha tomado con respecto a la exoneración de la responsabilidad cuando la delegación se constituye sobre personas debidamente elegidas. He aquí uno de los principales requisitos de una delegación efectiva: la selección adecuada del delegado. Es decir, tiene que estar capacitado para cumplir con el cargo que se le encomienda.

Otro de los requisitos que menciona la citada jurisprudencia tiene que ver con los medios necesarios para llevar a cabo sus funciones correspondientes a su deber de actuar. Es indispensable la dotación de estos medios para llevar a cabo los deberes de vigilancia y protección de los bienes jurídicos.

Esto está expresado con claridad por el doctor Rafael Cuneo Libarona en su obra al decir que:

[...] el principio de confianza y el concepto de auto responsabilidad se afianzan cuando el empresario o titular de la compañía desarrolló un apropiado sistema de división de labores, una acertada selección de personal idóneo y un eficaz sistema de control entre los mandos superiores, intermedios e inferiores.⁶²

Ahora bien, en cuanto a la delegación se habla de una cuestión importante con respecto a su eficacia como eximente de responsabilidad. Se dice que se trata de una responsabilidad residual basada en el deber de vigilancia y, por lo tanto, no extingue completamente la

⁶¹ BATISTA GONZALEZ, Ma. Paz. Medios de Comunicación y Responsabilidad Penal. Pág. 130.

⁶² CUNEO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad Penal del empresario. Pág. 189.

posición de garante, sino la transforma. Es decir, su obligación subsiste en cuanto al deber de vigilancia sobre el cumplimiento de las funciones de quien asume su posición.

Esta noción de responsabilidad residual en la delegación de la posición de garante tiene sus críticas, en cuanto que, “la exigencia de un deber permanente de supervisión, a cargo del titular, estaría vinculándole a la totalidad de la actuación de la empresa y, por tanto, a vaciar de contenido el instituto de la delegación”⁶³.

Sin embargo hay que considerar que al distribuir las funciones delegando en ese proceso ciertas actividades e incluso, facultades de decisión en cuanto a las operaciones que se manejen, no extingue completamente la responsabilidad de los directores de la empresa, mas bien se convierten en deberes de control, supervisión y vigilancia.

Ahora bien, la delegación y distribución de tareas que se dan en una organización piramidal, basados en el principio de confianza, son vinculantes al momento de la imputación de un delito, pues está relaciona con el principio de la autorresponsabilidad, en tanto que cada uno responde por las consecuencias de su libre accionar sin responsabilizarse por el actuar de un tercero. Caber resaltar nuevamente, el estrecho vinculante entre la producción de un daño a bien jurídicamente protegido y el deber de cuidado, vigilancia y control que podría tener el delegante de la posición de garante.

Bajo este contexto, es necesario que en una organización se pueda confiar en que los empleados subordinados, seleccionados adecuadamente, van a cumplir con sus obligaciones y actividades de forma eficiente y eficaz, de tal manera que se puedan hacer responsables por no cumplir adecuadamente los deberes a su cargo y, más aún, cuando

⁶³ BATISTA GONZALEZ, Ma. Paz. Medios de Comunicación y Responsabilidad Penal. Pág. 131. Citando a Lascurain en “Fundamento y límites del deber de garante del empresario”, en *Actas de las jornadas en honor al Prof. Tiedemann*, UAM, 1992, p. 16; también Gracia Martín, “El actuar en lugar de otro”, en *Derecho penal*, t. II, p. 222.

este incumplimiento afecte o dañe a un bien jurídicamente protegido, basados en el principio de confianza que vincula al delegante con el delegado.

Concluye, muy acertadamente, el doctor Rafael Cuneo Libarona en los siguientes términos: “se colige que cada persona debe llenar las expectativas del comportamiento social que derivan del cumplimiento del rol asumido, de modo que el agente será plenamente responsable de las consecuencias lesivas derivadas de su comportamiento punible”.⁶⁴

Es decir, penalmente es recomendable limitar la responsabilidad a la persona o personas que en realidad tendrían el dominio de evitar el riesgo jurídicamente desaprobado. No es lo mismo en cuanto al derecho civil, puesto que el resarcimiento por daños y perjuicios se extiende a los dueños y directores de una organización, sin importar el hecho de que se tenga o no la posibilidad de evitar el daño a un bien jurídicamente protegido.

Es impreciso y desvirtuante del derecho penal, equiparar las condiciones de resarcimiento civil a la imputabilidad de un delito en este tema, puesto que se caería completamente la teoría del principio de confianza, haciendo imposible el desenvolvimiento empresarial. Lo importante a destacar es que las empresas deberán cumplir con un estricto control en las actividades de sus empleados, con una meticulosa observancia a la normativa vigente aplicable. Así mismo, es recomendable tener un proceso meticuloso con la selección y preparación constante del personal.

⁶⁴ CUNEO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal el empresario. Pág. 190.

3.4. Límites de la Posición de Garante.- Límites de la delegación y principio de confianza.

Para saber exactamente hasta donde se tiene la obligación de evitar un resultado típico es necesario reconocer los límites a la calidad de garante. Para esto se debe ir más allá de la posición de garante, al punto en el que se analice concretamente la posibilidad o probabilidad de que el resultado lesivo sea evitable por el garante. En las palabras de Bacigalupo, “se puede ser garante sólo en la medida en que se está en condiciones de evitar el resultado y a su vez se es garante hasta el límite de esa posibilidad”⁶⁵.

Entramos entonces en el campo de la capacidad de acción descrita y analizada en el capítulo anterior, la misma que según George Flechter, citado por Fuentes, exige la concurrencia de tres requisitos: “conocimiento o posibilidad de conocimiento de la situación, conocimiento o posibilidad de conocimiento de los medios para realizar la acción y, por último, posibilidad física, real de utilizar los medios elegidos y realizar el acto planeado”⁶⁶.

Por lo tanto el deber de actuar, y en consecuencia los límites en los que se enmarca la calidad de garante dependen de estas tres situaciones que deben concurrir para que un sujeto tenga capacidad de acción. En este caso de no actuar se estaría configurando el delito de comisión por omisión, en vista de que violaría su posición de garante, pues teniendo los medios y la posibilidad, no evito el daño del bien jurídico determinado.

Se tiene conocimiento de la situación cuando se está consciente de la posición de garantía que tiene con respecto a uno o varios bienes jurídicos. Es decir, el sujeto que conoce su

⁶⁵ BACIGALUPO, Enrique. Delitos Impropios de Omisión. Pág. 149.

⁶⁶ FUENTES BARRAGÁN, Wendy. Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM Vol.2, No. 3. Pág. 273.

postura de garante debe, hacer todo lo posible por tutelar que el bien jurídico a su cargo no se vea comprometido.

Además de tener el conocimiento de su calidad de garante, es necesario que conozca y tenga posibilidad de acceso a los medios para realizar la acción conducente a evitar un resultado típico. Si no fuese así, mal se le podría imputar la pena de un delito de comisión por omisión, si entre sus facultades de garante no tenía medios posibles para evitar el resultado típico.

Por último está la posibilidad física y real de evitar el resultado utilizando los medios a su alcance para hacerlo. En este sentido se destacan los requisitos físicos especiales del sujeto que hagan posible su actuación de tutela a un bien jurídico determinado. En cuanto a la posibilidad real, se refiere a las circunstancias que rodean al hecho, las cuales deben cooperar para que el garante, utilizando los medios necesarios y teniendo la posibilidad física, pueda evitar el resultado típico.

Para determinar la posibilidad de evitar un resultado se tiene que llevar a cabo, como manifiesta Bacigalupo, citando a Welzel, “un juicio causal hipotético que, por supuesto, no afirma una realidad, sino una probabilidad que debe permitir -sin embargo- sostener que el resultado se hubiera evitado con una seguridad rayana en la certeza”⁶⁷.

Sin embargo, es importante reconocer un límite a esta calidad de garante por medio del cual se determine hasta qué punto se le puede exigir al garante el deber de evitar el resultado típico sobre el bien jurídico tutelado.

Una manera lógica y objetiva de limitar la posición de garante es que en la tutela o protección de los bienes jurídicos a su cargo, el hecho de salvarlos para que no se vean

⁶⁷ BACIGALUPO, Enrique. Delitos Impropios de Omisión. Pág. 150.

lesionados, no debe poner en peligro o causar daño a bienes jurídicos propios. Al momento de presentarse el riesgo en bienes jurídicos propios estaría terminándose su posición de garante, puesto que no puede arriesgarlos por evitar la lesión en bienes jurídicos ajenos, por ejemplo no se puede pretender que garantice la vida de otro poniendo en peligro la suya propia.

En cuanto al ámbito empresarial, se dice que el titular de este tipo de organizaciones, en su posición de autoridad, por tanto de garante, responde por las actuaciones de los integrantes que estén a su cargo. Sin embargo, surge una polémica cuando personas ajenas a la empresa realizan actividades antijurídicas dentro de la misma. En tal circunstancia hay doctrinarios que están a favor de que este sea el límite de la calidad de garante. Aunque por otro lado se dice, que en mayor o menor medida, estaría todavía existiendo una responsabilidad penal por los actos realizados por cualquier persona (sea integrante o no de la empresa) dentro de la empresa.

De todas maneras, el criterio de este trabajo pretende no explayar tanto la posición de garante, salvo en los casos en los que realmente se tiene un dominio respecto a evitar el riesgo jurídicamente desaprobado.

En cuanto las limitaciones del principio de confianza, mismas que a su vez limitarían la delegación de la posición de garante existen dos casos, el primero cuando se trate de funciones específicamente de vigilancia y seguridad, es decir, cuando una persona dentro de una empresa tiene como función principal o como parte de su actividad, la de vigilar, supervisar o controlar a terceras personas, por lo tanto no esta entre sus posibilidades delegar esta actividad que es precisamente cuidar y vigilar que terceros cumplan con su

deber de cuidado y sus funciones como corresponden, evitando de esta manera que se produzca un riesgo jurídicamente desaprobado.

Por lo que no sería lógico alegar el principio de confianza en estos casos, pues “despierta en sus pares o en sus superiores un llano sentimiento de confianza de que cumplirán con la obligación encomendada”.⁶⁸

Por otro lado, otra limitación al principio de confianza es la sospecha sobre el indebido comportamiento ajeno, es decir cuando se destaca ciertos indicios evidentes y de fácil comprobación por los cuales es posible determinar que quien tiene a cargo una fuente de peligro o un bien jurídico determinado no actuará o se desenvolverá de acuerdo a lo establecido o a lo que sus funciones ameriten con el fin de evitar un suceso lesivo dentro de la empresa. Por lo tanto, debe ser definido con bastante precisión, es decir solo cuando existan indicios o elementos suficientes como para dudar que un tercero cumpla con sus funciones conforme la normativa vigente aplicable y que consecuencia de ello, su comportamiento podría dañar un bien jurídico determinado.

En el caso que nos ocupa, si el titular de una empresa que tiene el derecho de confiar sus funciones a sus empleados, destacare alguna evidencia comprobable de que no cumplirá con sus actividades de la manera encomendada y con el cuidado que su función amerite, limitará el principio de confianza, con la particularidad, como ya se ha manifestado, que la subjetividad que conlleva este tema debe ser a todas luces eliminando rumores, intuiciones o simples presagios, pues si se tomaran estas cuestiones como parte del juzgamiento al momento de producirse un hecho punible, sería imposible de encomendar

⁶⁸ CUENO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 192.

alguna función dentro de una empresa, haciendo de igual manera imposible la actividad comercial.

Ahora bien el tema de la sospecha respecto a la imprudencia del actuar de un tercero en cuanto al deber de cuidado de una fuente de peligro, genera un caso de subjetividad muy alta, por lo que puede dar a interpretaciones diferentes y faltas de objetividad, que es uno de los elementos más importantes para imputar un delito penal. Por lo tanto, “[...] los indicios que conduzcan a la sospecha deben ser sopesados con extrema cautela, aplomo y una rayana verosimilitud”⁶⁹.

⁶⁹ CUENO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 193.

Capítulo IV: Derecho Comparado y Caso de Jurisprudencia Argentina

4.1. Tratamiento legislativo en el derecho penal comparado.

En las legislaciones comparadas se puede percibir que el tema ha sido tratado con más o menos cuidado, por lo que su aplicación es discutida, especialmente en lo que concierne al ámbito de la responsabilidad penal de los directores de la empresa.

El Código Penal Argentino no tiene una norma en la que se determine la comisión impropia, por lo tanto no hay una definición específica de la calidad de garante, haciendo esta circunstancia que los magistrados recurran a la interpretación para identificar a la persona, que según el área o escalafón de la estructura empresarial, se encuentre más próximo al hecho punible, teniendo entre su dominio y funciones el deber de cuidado sobre una fuente de peligro (calidad de garante).

Cabe señalar, como ya se ha dicho en capítulos anteriores, que recurrir a la interpretación en materia penal, muchas veces genera cierta inseguridad jurídica, en detrimento del principio de legalidad como máxima del derecho penal.

Sin embargo, el Código Civil Argentino establece en su artículo 902 lo siguiente: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.⁷⁰ Este precepto de alguna manera impone un deber jurídico en cuanto a la obligación de actuar frente a un hecho de consecuencias punibles; se dice que, “según una parte reducida de la

⁷⁰ Código Civil de Argentina

doctrina, podría aplicarse para determinar a quien ostenta la condición de garante dentro de una organización empresarial”⁷¹.

Como hemos manifestado en el ámbito penal se debe evitar a toda costa violar el principio de legalidad, ya sea con el uso de mecanismos interpretativos o analógicos. Por esta razón, las legislaciones de los diferentes países han tratado en los últimos tiempos de introducir cuestiones referentes a los delitos de comisión por omisión. A continuación se señalarán algunos de los ejemplos más explicativos:

Código Penal de Perú:

Art. 13.- El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y
 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.
- La pena del omiso podrá ser atenuada.⁷²

Código Penal de Italia:

“Art. 40.- No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a producirlo”.⁷³

Código Penal de Alemania:

Parágrafo 13 del StGB 1) 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. 2) La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el parágrafo 49.1⁷⁴

Código Penal de Austria:

⁷¹ CUENO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 70.

⁷² www.lexinteramericana.com: Código Penal de Perú, publicado el 08 de abril de 1991, mediante el Decreto Legislativo No. 635.

⁷³ Código Penal de Italia (art. 40), citado por CUNEO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 77.

⁷⁴ <http://perso.unifr.ch/derechopenal>: Código Penal de Alemania. La versión del Código Penal alemán traducida por la profesora Claudia López Díaz es la publicada bajo el título Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998.

Parágrafo 2 del ÖStGB: Cuando la ley castigue la producción de un determinado resultado, será también punible quien omita evitarlo a pesar de estar obligado a ello en virtud de un especial deber que le impone el sistema legal vigente y siempre que la omisión de evitar dicho resultado sea equivalente a la realización de los elementos de un hecho comisivo penado por la ley.⁷⁵

Código Penal de Portugal:

Art. 10.- Cuando un tipo legal de delito contiene un resultado determinado, el hecho no sólo comprende la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción apta para evitarlo, salvo voluntad diferente de la ley. La comisión por omisión del resultado solo será punible si el omitente tenía un deber jurídico personal que le obligaba a evitar ese resultado. En el caso del número anterior, la pena podrá ser especialmente atenuada.⁷⁶

Código Penal de Brasil:

Art. 13.- El resultado del que depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien le dé causa. Se considera la causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se hubiera producido.

1.- Si sobreviene una causa relativamente independiente se excluye la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; los hechos anteriores, sin embargo, se imputan a quien los practicó.

2.- Una omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: a) tenga por ley deber de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de producción del resultado.⁷⁷

Código Penal de España:

Art. 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 equipará 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.⁷⁸

⁷⁵ Código Penal de Austria (parágrafo 2 del ÖStGB), citado por CUNEO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 77.

⁷⁶ Código Penal de Portugal (art. 10), citado por CUNEO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 77.

⁷⁷ Código Penal de Brasil (art. 13), citado por CUNEO LIBARONA, Rafael. Responsabilidad penal del empresario. Pág. 77.

⁷⁸ www.iberred.org; Código Penal de España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre.

Código Penal de Colombia:

Art. 25.- Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción y por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir el resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal.

A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

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.

Parágrafo. Los numerales 1, 2 ,3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atentan contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexual.⁷⁹

Código Penal de El Salvador:

Art. 22. El que omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiera producido. El deber de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; o quien con su comportamiento precedente creó el riesgo; y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado.⁸⁰

Código Penal de Ecuador:

“Art. 12. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”.⁸¹

Código Penal de Paraguay:

Art. 15.- Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando: 1. exista un

⁷⁹ www.lexinteramericana.com: Código Penal de Colombia, publicado el 18 de abril de 2012. Ley 599 de 2000.

⁸⁰ www.iberred.org: Código Penal de El Salvador. Decreto Legislativo No. 1030 de 26 de abril de 1997

⁸¹ www.lexinteramericana.com: Código Penal de Ecuador, publicado en el Suplemento de Registro Oficial No. 147 de 22 de enero de 1971.

mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado y, 2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado.⁸²

Código Penal de Uruguay:

“Art. 3.- No impedir un resultado que se tiene obligación de evitar, equivale a producirlo”.⁸³

De lo citado desprendemos que las legislaciones penales de varios países han considerado este tema, que parece ser novedoso, mucho antes, sin embargo no fue posible prever la esfera empresarial en la que hoy se aplica, puesto que el ámbito mercantilista creció a pasos agigantados, perdiendo muchas veces en la ley el sentido de la realidad que se vive en estos tiempos. No obstante, se han previsto en algunos casos con absoluta claridad los delitos de omisión impropia que son parte del análisis de este trabajo y conllevan a imputar responsabilidades penales a los que, formando parte de una empresa, omiten sus deberes de cuidado dañando un bien jurídico protegido.

4.2. Caso de Jurisprudencia Argentina. Fallo caso LAPA.

Este accidente fue muy conocido en los medios, pues desató muchas controversias en cuanto a las responsabilidades que se generaron por la muerte de sesenta pasajeros, dos ocupantes de un vehículo y tres miembros de la tripulación, así como numerosos heridos. La empresa LAPA, por medio de sus directores, tuvo una importante afectación económica en cuanto a fijar las responsabilidades civiles se refiere, sin embargo ahí no

⁸² www.iberred.org: Código Penal de Paraguay. LEY N°. 1.160/97 de 26 de noviembre de 1997.

⁸³ www.iberred.org: Código Penal de Uruguay. Ley 9.155.

acabó el problema. Lo importante en este caso era delimitar, en cabezas de quien o de quienes, recaía la responsabilidad penal por lo sucedido.

Ante la fatalidad del accidente se examinaron en los directivos de la aerolínea las garantías que estaban obligados a prestar y cómo con su omisión crearon un riesgo inminente. Además, también está el análisis de cuán posible fue para los administradores tomar decisiones conducentes a, no sólo prevenir el riesgo, sino evitarlo contundentemente.

De la investigación realizada en esta causa judicial penal, se destacó una deficiente política de recursos humanos en LAPA, pues se constaron algunas acciones negligentes en cuanto a los exámenes a los pilotos y su reclutamiento.

En este caso se empezaron a atribuir responsabilidades dentro de quienes pudiesen ostentar una calidad de garante a fin de evitar el riesgo jurídicamente desaprobado, es decir quienes en su momento pudieron decidir que el piloto que estuvo al comando de la nave siniestrada no estaba en condiciones de hacerlo, es decir se inclinó la causa a los directivos de la empresa y a varios ex altos jefes de la Fuerza Aérea.

En este sentido, se verificó que no se cumplió con el deber de cuidado necesario a fin de cautelar los bienes jurídicos protegidos. Ahora bien, una vez identificada la causa directa del siniestro de la aeronave de L.A.P.A. S.A. como un actuar negligente del piloto, lo que corresponde es determinar quienes son realmente los llamados a ejercer una posición de garante a través de la posición o autoridad que ostente, pues en el caso de la actividad aeronáutica se debe tener como principio fundamental la seguridad, sin pasar por alto ni minimizar ningún error por parte de los tripulantes, tomando un control estricto de exámenes periódicos y evaluación constante.

En el caso que nos compete se constató que el fallecido comandante Weigel a cargo de la aeronave no cumplió con los mínimos de requisitos exigidos para evitar el riesgo jurídicamente desaprobado.

A continuación se citan algunos acápites del Requerimiento de Elevación a Juicio de Carlos Alberto Rivolo, Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 2 de la ciudad autónoma de Buenos Aires, sobre el delito de acción pública registrado bajo el No. 10.450/99, los cuales iremos examinando:

[...] Al mando del mismo se hallaba el Comandante Gustavo Adolfo Weigel (Licencia Transporte de Línea Aérea - Avión - "TLA" n° 2211) – vencida reglamentariamente por incumplimiento del curso de CRM "Cockpit Resources Management" y por hallarse su situación vacacional en infracción al Decreto 671/94 – [...].⁸⁴

Este fue un tema muy criticado, porque además de la transgresión de la empresa LAPA respecto a conceder el tiempo de vacaciones previsto por la ley a fin de no menoscabar los derechos de los pilotos y, así mismo, evitar un riesgo producido por el exceso de trabajo, también hubo una negligencia en el hecho de que no existió el control suficiente como para que no comande un aeronave, alguien que tenía vencida su licencia, esto por parte tanto de la empresa como de las autoridades de control de la Fuerza Aérea Argentina.

Que, así entonces al comenzar el rodaje y abandonar el Comandante Weigel y el Copiloto Etcheverry la plataforma de detención para ingresar en la calle de rodaje en búsqueda de la cabecera de pista, olvidaron colocar en posición los flaps, resolución técnica que las empresas aéreas adoptan conforme recomendación del fabricante – en este caso Boeing – y tienen determinado efectuar en esa localización del avión conforme a la graduación otorgada por la oficina de despacho ó decisión del Comandante, **aún antes de llevar obligatoriamente a cabo la lista de chequeo**

⁸⁴ Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

denominada “Before Take Off Check List” (Antes del Despegue) que incluye entre sus items el seteo apropiado de los flaps.⁸⁵

Se dice el no colocar en posición los flaps fue la causa que generó el siniestro. Hay que acotar que entre las conversaciones mantenidas por Piloto, Copiloto y el resto de la tripulación se notó una clara distracción que interfirió con el procedimiento dispuesto para despegar un aeronave. Estuvieron hablando de cosas personales, haciendo comentarios inapropiados o desatinados, y al mismo tiempo, tomaban mate. Evidentemente no se tomó en serio el proceso que estaba por realizarse, tomando en cuenta que desde un principio ya se estaba incumpliendo las normas al permitir pilotear el avión a una persona con la licencia vencida.

La inoperancia y poca seriedad en el procedimiento de despegue que se pudo constatar al escuchar la grabación que contenía la caja negra conlleva a pensar ahora quien o quienes son los responsables de permitir que gente sin experiencia o con poco conocimiento del tema -además con licencia vencida- realice el vuelo del 31 de agosto de 1999.

Así lo relata el fiscal con respecto a la investigación realizada y a las grabaciones obtenidas:

El Copiloto Etcheverry refirió comentarios de llevarse por delante uno de los aviones que lo precedía de la empresa “Southern Winds” y acerca de las “buenas putas” que allí había, agregando Tantos la mala oferta que le habían efectuado para trabajar en dicha empresa, todo mientras compartían un cigarrillo en la cabina, se dialogaba sobre el futuro plan de vuelo del Comandante y Copiloto y, este, insultaba sobre la situación de otro avión que tenía por delante.⁸⁶

⁸⁵ Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

⁸⁶ Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

Además empezó a dar datos erróneos respecto al clima en Córdoba, que lo desconocían, así como de los nombres de la tripulación, haciendo burlas y comentarios soeces al respecto. Toda esta distracción desencadenó una serie de equivocaciones y omisiones que menoscabaron la seguridad del vuelo.

Que **toda esta situación derivo**, por parte del Comandante Weigel y el Copiloto Etcheverry **en la omisión de llevar adelante la “Before Take Off Check List” (Lista de Chequeo anterior al despegue), la cual para el tipo de avión que estaban operando incluye los ítems denominados: “Recall”; Flight Controls”, “Flaps”; “Stabilizer Trim”; “Cockpit Door” y “Take Off Briefing”,** permitiendo tanto configurar el avión correctamente para el despegue que debían encarar, como y merced al último ítem “Take Off Briefing” (Información de Despegue) las actitudes que profesionalmente debían llevar adelante ante un inconveniente que se les presentara durante el mismo.⁸⁷

Se detectaron diálogos muy poco profesionales, bastante atolondrados y denotaba una extrema despreocupación por la seguridad del vuelo, al punto de que cuando sonó una alarma hicieron caso omiso de tomar medidas conducentes a evitar riesgos como los sucedidos, haciéndose notar la imprecisión en los conocimientos de las personas a cargo del avión.

Que, **concatenadamente con la aceleración de motores comenzó a sonar la Alarma de Configuración de Despegue (Take Off Warning”)**, la cual tuvo su efecto en razón de la ausencia de posicionamiento correcto de los flaps, aunque también es indicativa en este tipo de avión de falta de configuración del compensador de cabeceo y de los spoilers. Esta alarma se traduce en un sonido fuerte y discontinuo, el cual si bien fue percibido por el Comandante Weigel y el Copiloto Etcheverry no tuvo por ninguno de los dos la respuesta técnica adecuada para el inconveniente que esta exaltaba y que en primer lugar manda abortar el despegue.⁸⁸

⁸⁷ Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

⁸⁸ Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

Una total despreocupación respecto a la seguridad del vuelo con total indiferencia al procedimiento a efectuarse en caso de alarma. Además, se destacó a lo largo del proceso que hubieron muchas falsas alarmas, pudiendo ser una de las causas de su desatención. El requerimiento de elevación a juicio sintetiza las faltas cometidas en el despegue de la siguiente manera:

“Que, con los sucesos narrados se pudo determinar que las circunstancias que motivaron el accidente en forma directa y producidos por el Comandante Weigel y el Copiloto Etcheverry fueron: en primer lugar y previo al intento de partida de la aeronave, el incumplimiento, por parte de la tripulación del concepto y ejercicio de lo denominado por los expertos **“cabina estéril”**, estipulado en el N.E.S.T.A.R. ptos. 51.2 y 51.3 (Normas Establecidas para los Servicios de Transporte Aéreo Regular), lo que dio lugar a que ambos tripulantes de vuelo no efectuaran una sistemática y correcta lectura de las listas de procedimientos determinados para efectuar un vuelo seguro, omitiendo completamente la lectura de la lista **“Before Take Off Check List”**. Que ello arrojó como resultado la falta de configuración de la aeronave en el sistema de flaps para una correcta posición para el despegue (5°), impidiendo que la aeronave desarrollara un ascenso normal conforme los parámetros. En consecuencia, y ante el impulso inicial de los motores para emprender el despegue, comenzó a sonar una alarma intermitente –denominada **“Take Off Warning”**, alarma de configuración de despegue - que fue inexplicablemente desatendida por el piloto y copiloto del avión prosiguiendo con el carreteo, hasta que finalmente, y cuando ya no había posibilidad de abortar el despegue por haberse sobrepasado la velocidad permitida para ello (denominada V-1), la velocidad de rotación (denominada Vr) y la velocidad de despegue seguro (denominada V2), proceder a intentar detener la aeronave, agravando aún más la situación de peligro, provocando en definitiva que esta no se elevara, como así también que no fuera frenada en el asfalto perteneciente a la pista, ni fuera de ella, prosiguiendo el trayecto y desenlace señalado”.⁸⁹

Además se hace notar de varias maneras que Weigel no tenía antecedentes de vuelo y de instrucción satisfactorios, en realidad la mayoría de sus calificaciones fueron **“Impreciso”**, **“Standard”**, **“Menos Standard”**, entre otras.

Que, a los acontecimientos y consecuencias descriptos con anterioridad, se adicionan y se encuentran acreditados en autos la existencia de múltiples hechos preexistentes que

⁸⁹ Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

actúan como co-causas contribuyentes y determinantes del siniestro ocasionado. Ellas están relacionadas íntimamente con la actividad llevada adelante por las más altas autoridades de la empresa L.A.P.A., algunos de sus niveles gerenciales y de jefatura, concibiendo en general, la concepción de una política y cultura empresarial absolutamente endeble frente a uno de los principios básicos dentro de la actividad aeronáutica cual es la seguridad de vuelo, aumentando el riesgo permitido que esta establece, y que, en lo particular, como consecuencia ineludible, tuvo su manifestación negligente en el puntual acontecimiento que el Comandante Weigel y el Copiloto Etcheverry estuvieran al comando de una aeronave de esa empresa con el resultado precedentemente narrado el 31 de agosto de 1999.

Que, en principio y en este sentido, la existencia de las co-causas, de naturaleza negligentes vinculadas directamente con la aceptación de las deficientes capacidades profesionales, técnicas y psicológicas del Comandante Weigel, surgen fehacientemente a lo largo de sus exámenes iniciales y recurrentes de vuelo, cuyas graves observaciones puntuales e históricas en su desempeño no pudieron dejar de ser conocidas o pasar inadvertidas y desatendidas, en detrimento del principio que regula la actividad de seguridad de vuelo, por el Jefe de Línea de Boeing 737 Comandante Gabriel Borsani, el ex Gerente de Operaciones Comandante Valerio Diehl quien lo ascendiera a Comandante de Boeing 737 y el titular de dicha gerencia al momento del siniestro Comandante Fabián Chionetti; como asimismo y conforme su particular y personalísima forma de conducir la sociedad, su presidente Gustavo Deustch y el Gerente General Ronaldo Boyd.⁹⁰

Como se ha venido manifestando en capítulos anteriores, el principio de confianza tiene su sustento en el hecho de que al delegar una función se debe tomar en cuenta una estricta selección del personal, más aún, si a su cargo tiene una fuente generadora de peligro, que en el caso que nos ocupa sería la de pilotear un aeronave. Pues ante lo anotado e investigado por la Fiscalía, se verifica claramente que hubo negligencia en cuanto al ascenso de los pilotos, tomando en cuenta que el comandante de la nave siniestrada el 31 de agosto de 1999 de la empresa L.A.P.A., tuvo en repetidas ocasiones errores que debieron haber sido causales para que se tomen las medidas de seguridad del caso y así se evite la producción del riesgo jurídicamente desaprobado.

⁹⁰ Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

Como se anotó anteriormente se añade a toda esta negligencia en los procesos de la empresa, el hecho de que el piloto estaba el día del accidente con la licencia vencida, como apunta a continuación el fiscal en el requerimiento de elevación a juicio:

“Que, a todo ello se suma y cobra vital importancia en los sucesos acaecidos la comprobación que el Comandante Weigel se hallaba **doblemente inhabilitado legalmente** para operar una aeronave comercial, por vencimiento de su licencia ante la falta de curso de recurrent en CRM – en infracción a la Disposición 37/97, 117/97 y ccdtes del Comando de Regiones Aéreas modificatorias del N.E.S.T.A.R. [Normas establecidas para los servicios de Transporte Aéreo Regular (art.94 Código Aeronáutico)] y por el lapso de vacaciones anuales adeudadas – en Infracción al Decreto 671/94 que regula los tiempos mínimos obligatorios de descanso–”.⁹¹

Se convirtió este tema en una situación bastante discutida, sumada a la poca experiencia del piloto y su ascenso sin tomar en cuenta las fallas que tenía en sus antecedentes y sus bajas calificaciones. La empresa empezó a tener cada vez menos pilotos, por lo que estos empezaron a trabajar horas extras sin utilizar el tiempo previsto por el régimen laboral en vigencia para sus vacaciones, mismo que fue determinado con carácter de obligatorio en atención a la delicada función que representa la actividad aeronáutica y tomando en cuenta aspectos psicológicos y físicos.

Esta fue una de las imputaciones que se pretendió hacer al directorio de la empresa por no haber tomado las medidas necesarias de supervisión y control como para que Weigel no vuele el aeronave con la licencia vencida. Se argumentó también, el hecho de adeudar al fallecido comandante las vacaciones que le correspondían, por lo que se dijo que esto incrementó el riesgo jurídico desaprobado que desencadenó el suceso lesivo.

⁹¹ Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

Cabe aclarar, que sin desmerecer el criterio del fiscal, la opinión de este trabajo, en acuerdo con el del tribunal, es que la falta de vacaciones no aumentó ni fue causante del riesgo jurídicamente desaprobado para pilotear un aeronave.

Las características profesionales indicadas del Copiloto Etcheverry, de orden negativo en el cumplimiento de la lectura de las listas de chequeo, **desaconsejaban absolutamente** su programación de vuelo con el Comandante Weigel. Los antecedentes de este copiloto inexperto, con poco lapso de vuelo en la empresa, no reconocieron por parte de los imputados Fabián Chionetti (Gerente de Operaciones), Gabriel María Borsani (Jefe de Línea 737-200) y los directivos Gustavo Andrés Deutsch y Ronaldo Boyd, conforme sus funciones específicas - los primeros dos - y sus funciones general y especial manera de conducir la sociedad - los segundos - para establecer una objeción a una programación de vuelo latentemente peligrosa entre un Comandante históricamente errático y un Copiloto inexperto, cuyas principales falencias se encontraban en la desaprensión por la lectura ordenada y obligada de las apuntadas listas de chequeo.⁹²

Ante estas irregularidades presentadas dentro de la empresa se dieron ciertos avisos de que las cosas no estaban marchando conforme a la normativa vigente aplicable ni bajo las consideraciones técnicas preestablecidas, en tal sentido en el requerimiento de elevación de juicio se destaca lo transcrito a continuación:

[...] parte de lo relatado por el Comandante Piñeyro se volcó en una **nota dirigida al Gerente de Operaciones y Jefe de Línea Saab SF 340 Fabián Chionetti, con fecha 15 de abril de 1996, y otra similar, ante la indeferencia, al Director General Ronaldo Boyd, el 18 del mismo mes y año, donde detalló una serie de irregularidades técnicas vinculadas a graves fallas en la seguridad operacional. Asimismo, con fecha 12 de junio de 1999 – casi tres meses antes de la tragedia y más de tres años de las primeras cartas – el Comandante Piñeyro despacha una carta Documento al Presidente de la empresa Gustavo Deutsch en similar sintonía que la anterior.**⁹³

⁹² Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

⁹³ Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

Como quedó establecido, Piñeyro ya advirtió un posible riesgo jurídicamente desaprobado, consecuencia de la aplicación deficiente de las normas de seguridad y procedimientos técnicos que, como en el caso del 31 de agosto de 1999, pueden ser causales de daños irreparables como son la pérdida de vidas humanas injustificadamente. Así mismo fueron evaluados diversos aspectos que saltaron en la investigación fiscal, como ciertas irregularidades que se constataron en relación a la aprobación y vigencia del manual de operación de la empresa L.A.P.A. S.A.

Entre las conclusiones llevadas a cabo en el dictamen del fiscal respecto a este caso, tenemos la siguiente:

Con lo dicho, es palmario que el elemento central de carácter normativo que contribuye a la formación del tipo culposo esta determinado por una acción u omisión que viola un deber objetivo de cuidado. En este orden de ideas, la tarea que los imputados tenían a su cargo conforme los diversos puestos que ocupaban en la empresa y sus roles en la conducción general – Presidente, Director General, ex - Gerentes, Gerentes y Jefe de Línea – estaba vinculada a todas las medidas que debían adoptarse para respetar y aumentar el principio rector de la actividad comercial y que esta acogido por la totalidad de los reglamentos que en su orden se conciben, [...].⁹⁴

Ahora bien, para resolver este caso el tribunal tuvo que hacer un análisis muy concienzudo utilizando diversas herramientas doctrinarias y legales. Se trataba de desenredar una compleja estructura de la compañía, en la que se establece diferentes tipos de jefaturas y gerencias a cargo de áreas especializadas, en la cuales se hizo un meticuloso estudio respecto al grado de injerencia en el hecho punible.

En ese sentido se analizaron los casos particulares de cada imputado, estos son:

- 1) El Presidente de L.A.P.A. S.A.
- 2) El Director General de L.A.P.A. S.A.

⁹⁴ Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.

- 3) El Gerente de Recursos Humanos de L.A.P.A. S.A.
- 4) El titular del Instituto Nacional de Medicina Aeronáutica y Espacial (Inmae)
- 5) El titular de la ex Dirección de Habilitaciones y Fomento del Comando de Regiones Aéreas.
- 6) El Gerente de Operaciones de L.A.P.A. S.A., antes del accidente.
- 7) El Gerente de Operaciones de L.A.P.A. S.A., después del accidente
- 8) El Jefe de Línea Boeing 737-200 C.

El tribunal pasó a analizar la correspondiente responsabilidad en cada área y la posibilidad de que en su dominio se haya podido evitar el riesgo jurídicamente desaprobado.

Se rescató a lo largo del fallo y de dictamen del Fiscal que los antecedentes del comandante Weigel tenían características negativas y seriamente comprometidas con el desenlace del vuelo del 31 de agosto de 1999. Por lo tanto, tomando en cuenta su legajo y la serie de observaciones dadas por los instructores, asoma como sumamente negligente el haberlo ascendido a comandante, siendo la causa de que el accidente fatal se haya dado de la manera indicada, es decir, sin ninguna atención al procedimiento formal ni a la alarma, sumando a eso una constante distracción en el despegue. Este resultado podría haber sido evitado por las personas que en la compañía tenían a cargo la selección de sus pilotos.

En el caso del presidente de la compañía, el tribunal concluyó que por su calidad no tenía el dominio o facultad para ascender o no a un piloto, es decir de acuerdo al Manual de Operaciones de Vuelo de la empresa, esta función era del Jefe de Línea y el Gerente de Operaciones, encargados de vigilar y controlar la capacidad técnica e idoneidad de los

pilotos, es decir que fueron los responsables de determinar si era o no recomendable promocionar como comandante a Weigel. Esta tarea no era consultada con los superiores jerárquicos, se está ante un caso claro de principio de confianza, en el que se encomienda una función de vigilancia, control e incluso selección idónea de personal. En consecuencia de esto, el tribunal resolvió que, tanto el Jefe de Línea como el Gerente de Operaciones, tenían calidad de garantes ante la fuente de peligro por lo tanto su actuar negligente causó el riesgo jurídicamente desaprobado produciendo el hecho punible. Sólo estos funcionarios fueron condenados a la pena de tres años de prisión en suspenso.

Con este fallo se demuestra con total claridad que el incumplimiento del deber de cuidado debe estar relacionado de manera causal con el resultado, siendo determinante del hecho punible, es decir, se tendrá que establecer el nexo causal entre la conducta o comportamiento, el resultado lesivo y la relación de peligro entre estos dos.

En el caso de los imputados, el fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4 respecto a la causa Nro. 1035 establece varios fundamentos y opiniones de gran calidad dogmática, mismos que han sido analizados como parte de los temas tratados en la elaboración del presente trabajo. Se estableció lo siguiente con respeto a las únicas dos personas condenadas:

Gabriel María Borsani: no había realizado diligentemente todas aquellas obligaciones y actividades propias de su cargo de Jefe de Línea 737-200 de la firma L.A.P.A. S.A., habiendo permitido sin tomar los debidos recaudos de cautela ó precaución, el ingreso a la empresa, el desarrollo de una instrucción deficiente, la presentación ante la Fuerza Aérea a los fines de su habilitación y el otorgamiento de funciones específicas en calidad de pilotos a los fallecidos Gustavo Weigel y Luis Etcheverry, posibilitando que la aeronave Boeing 737-204 C, matrícula LV – WRZ de la empresa, que partía desde el Aeroparque Jorge Newbery de la Ciudad de Buenos Aires con destino al Aeropuerto de la Ciudad de Córdoba el día 31 de agosto de 1999, en vuelo programado 3142, fuera operada por personal deficientemente capacitado, indebidamente habilitado e inhabilitado para ejercer funciones, y que como

consecuencias de la fallas en la conducción de la aeronave, se produjera la colisión y el consecuente deceso de tres miembros de la tripulación, sesenta pasajeros y dos transeúntes.

[...] Desarrollaba un trabajo muy estrecho con la Gerencia de Operaciones con la cual conjuntamente mantenía una relación cercana y diaria con el personal de vuelo recientemente señalado, proponiendo eventualmente a dicha Gerencia a los pilotos para cubrir ascensos, habilitaciones, renovaciones de licencias. Conocía de la deuda vacacional que la empresa registraba con la casi totalidad de los pilotos lo cual colocaba a la misma en una situación de inoperatividad de su miembros por infracción al art. 31 del Decreto 671/94 que no se respetaba.⁹⁵

Valerio Francisco Diehl: no había realizado diligentemente todas aquellas obligaciones y actividades propias de su cargo de Gerente de Operaciones de la firma L.A.P.A. S.A., habiendo permitido sin tomar los debidos recaudos de cautela o precaución, el ingreso a la empresa, el desarrollo de una instrucción deficiente, la presentación ante la Fuerza Aérea Argentina a los fines de la habilitación y otorgamiento de funciones específicas en calidad de pilotos a los fallecidos Gustavo Weigel, Luis Etcheverry y Verónica Tantos en calidad de comisario de Abordo, determinando en consecuencia la producción del siniestro antes referido.

Al respecto el Sr. Fiscal de instrucción indicó que el nombrado se desempeñó como Gerente de Operaciones de la empresa L.A.P.A. S.A. desde el 18 de julio de 1996 hasta el día 2 de julio de 1999 –fecha en la que renunció-, actuando durante ese período de manera negligente y posibilitando que personal técnico no adecuado desarrollara tareas en la empresa, generando como consecuencia que la aeronave Boeing 737-204 C matrícula LV- WRZ, que partía desde el Aeroparque Jorge Newbery en la Ciudad de Buenos Aires hacia el Aeropuerto de la Ciudad de Córdoba, en vuelo programado 3142 a las 20:36 hs., fuera piloteada de manera incorrecta y como consecuencia de ello se produjo su colisión, ocasionando la muerte de tres tripulantes, sesenta pasajeros, dos transeúntes y lesiones de diversa gravedad a distintas personas.⁹⁶

En esta parte de la sentencia se formularon los antecedentes y fundamentos por los cuales se les generaba cargos, por lo tanto responsabilidades penales, respecto al siniestro del aeronave en mención. Se dice con claridad que el conocimiento del riesgo jurídicamente

⁹⁵ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: "DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público". Pág. 21 y 22.

⁹⁶ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: "DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público". Pág. 15 y 16.

desaprobado y su negligencia en permitir que personas con falta de idoneidad estén al mando del avión ese día, fueron las causas fehacientes del accidente que terminó con la vida de más de sesenta seres humanos, hecho punible a todas luces por la omisión de la conducta esperada en base a un posicionamiento de garantía que pesa sobre ellos en virtud de sus funciones.

Si está comprobado que el piloto cometió un sinnúmero de errores y partimos de la hipótesis que nunca tendría que haber estado sentado donde estaba, surge una primera imputación clara que lleva responsabilidades en materia penal. Se traslada a quien permitió que accediera a la comandancia de la aeronave. Pero a partir de esta primera corroboración, es donde –siempre siguiendo el nexo causal– debía continuarse con una segunda hipótesis: era el único comandante incapacitado, o la empresa tenía serias deficiencias en su estructura de pilotos, a partir de lo cual podríamos sí llegar a determinar responsabilidades penales que excedan a los imputables directos del ascenso de Weigel, llegando incluso a las jerarquías más altas de la empresa.⁹⁷

De lo anteriormente transcrito se deduce ya la causa del accidente, un error del piloto y copiloto del aeronave. Ahora bien, el siguiente análisis es medir las responsabilidades dentro de la estructura empresarial, rebuscando en el organigrama la o las personas encargadas de elegir el personal para el efecto. Detectándose en efecto, si este fue un caso particular o un *modus operandi* de la compañía, dando lugar a responsabilidades incluso dentro de las autoridades jerárquicas más altas en la estructura. Sin embargo como hemos venido diciendo, este hecho escapó del domino global del presidente, y que además, tenía el derecho de confiar en sus empleados la delegación de controlar, vigilar, supervisar y elegir personas adecuadas para que estén a cargo de las funciones aeronáuticas, poniendo a este delegado en una evidente posición de garante.

⁹⁷ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: “DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público”. Pág. 1721

Además ha quedado probado a través de la investigación fiscal y pericial en este juicio que “la causa inmediata del accidente consistió en que la tripulación del vuelo de L.A.P.A. No. 3142, omitió extender los flaps para iniciar el despegue y desestimó la alarma sonora que avisaba la falta de configuración para esa maniobra”.⁹⁸

La totalidad de los factores directos que contribuyeron a causar el resultado disvalioso de la tragedia, se encuentran centrados en las acciones y omisiones del pilotaje de la aeronave. La muerte de ambos tripulantes extingue la posibilidad de cualquier análisis de imputación respecto de los mismos, pero no impide considerar aquellos factores que contribuyeron a causar el siniestro, dentro de los cuales adquiere especial relevancia el análisis de la responsabilidad de aquellos que con sus conductas elevaron el riesgo permitido, al asignar a Gustavo Weigel el carácter de comandante de Boeing 737-200.⁹⁹

Se hace hincapié en el fallo, que el tema de haber ascendido a Weigel con los antecedentes que tenía, contribuyeron en aumentar el riesgo jurídicamente desaprobado, y por otro lado se manifestó que respecto al copilo Etcheverry, en lo que respecta a sus antecedentes profesionales, no “se encontraban por debajo de los estándares mínimos requeridos para la actividad, provocando así una elevación indebida del riesgo a la seguridad de vuelo y que, a su vez, haya tenido incidencia en el accidente acaecido”.¹⁰⁰

Esta situación refleja de una u otra forma que no fue un error propio de la compañía, quienes no acostumbraban a elegir, siempre o mayormente, profesionales negligentes o poco preparados para estar al frente de un aeronave.

⁹⁸ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: “DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público”. Pág. 1752

⁹⁹ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: “DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público”. Pág. 1754.

¹⁰⁰ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: “DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público”. Pág. 1809.

Por todo ello, entendemos que no se encuentra acreditado en autos que la empresa LAPA por alguna razón de tipo económica, haya disminuido el nivel de exigencia de los pilotos que ingresaban a la firma y, tampoco que Etcheverry haya tenido un nivel inferior de experiencia técnica-profesional que amerite un impedimento para su ingreso¹⁰¹

Entre los hechos que conforman el juicio de imputación esta el ascenso a comandante del piloto Gustavo Weigel, que de la investigación efectuada y de la prueba aportada, se pudo constatar en forma plena que el mencionado no debió haber sido promovido en atención a sus antecedentes y legajo técnico donde se desprenden como dice el fallo “características negativas de vuelo que se advierten como recurrentes, adquiriendo la condición de crónicas, durante toda su carrera profesional, las cuales se vieron reflejadas en la cabina del vuelo 3142 y tuvieron directa incidencia en el accidente [...]”.¹⁰²

Como hemos venido mencionado, este fallo denotó con claridad que los imputados Valerio Francisco Diehl y Gabriel María Borsani, dentro de sus funciones y el conocimiento de la labor encomendada, sus conductas generaron un riesgo jurídicamente desaprobado que desembocó en un resultado punible y típico.

Respecto a los fundamentos de la condena, se precisa señalar algunos argumentos del fallo con los que este trabajo coincide ampliamente:

Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto, sostenemos en esta instancia que los Sres. Valerio Francisco Diehl y Gabriel María Borsani, en sus cargos de Gerente de Operaciones y Jefe de Línea de la empresa LAPA, respectivamente, inobservaron los deberes de cuidado específicos que tenían bajo su esfera de responsabilidad, al promover el ascenso a comandante del Sr. Weigel, circunstancia que

¹⁰¹ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: “DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público”. Pág. 1812.

¹⁰² Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: “DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público”. Pág. 1883.

indefectiblemente fue determinante para el resultado de peligro que se concretó en el accidente del día 31 de agosto de 1999.

Este hecho que tuvimos por efectivamente probado, elevó el riesgo jurídicamente permitido y, posteriormente, ese mismo peligro desaprobado y abarcado por el ámbito de protección de la norma en cuestión, se vio realizado en la producción del acontecimiento ilícito, provocando la muerte y lesiones a numerosas personas¹⁰³

[...] Así las cosas, entendemos que estamos frente a un ilícito de omisión impropia o de comisión por omisión en su modalidad culposa configurado por la inobservancia de los deberes de cuidado a cargo de los Sres. Borsani y Diehl que llevaron al ascenso a comandante de Weigel y que fueron determinantes para el resultado.

Ahora bien, es sabido que en los delitos de comisión por omisión, el resultado le es imputable al autor cuando éste tiene la obligación de impedir o de evitar la lesión al bien jurídico (nexo de evitación), es decir, se encuentra en posición de garante frente al sistema normativo.¹⁰⁴

[...]

En consecuencia, la configuración de un estrago culposos bajo esta modalidad, requiere, en primer lugar, que el autor al no observar las reglas que rigen su esfera de responsabilidad, provoque, negligentemente, una violación de los deberes de cuidado que se encuentran a su cargo, generando un resultado de peligro sobre los bienes jurídicos por los cuales es garante.

En segundo lugar, se pretende, necesariamente, el dominio funcional del agente sobre el riesgo típico del hecho, a los efectos de corroborar en base a su posición específica de garantía si lo pudo haber evitado o no.

Ahora bien y de acuerdo a lo afirmado en el punto V. 3) A), sostenemos aquí que el plexo probatorio reunido en el debate, nos permite inferir que los imputados Diehl y Borsani, en la esfera de su actuación específica, violaron los deberes de cuidado a su cargo, incidiendo en forma directa y determinante en el accidente.

Esto es así, en virtud que dentro del dominio funcional e informativo que les compete y en miras de las obligaciones de protección y control sobre los bienes jurídicos por los cuales responden en su calidad de Gerente de Operaciones y Jefe de Línea, se encuentra abarcada la facultad de designar al comandante Weigel o a cualquier otro comandante, tarea ésta que se hallaba delegada materialmente en ambos.¹⁰⁵

¹⁰³ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: "DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público". Pág. 1956 y 1957.

¹⁰⁴ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: "DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público". Pág. 1957 y 1958.

¹⁰⁵ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: "DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público". Pág. 1959.

Sintetizando lo dicho, el peso de la acusación y de las sanciones o condena recayeron sobre los que avalaron la promoción a comandante del piloto Gustavo Weigel, quienes a su vez fueron los más cercanos al piloto, evidenciado su posición de garante y dominio de la fuente de peligro, evitando así, como es criterio del presente trabajo, se exceda en el ascenso de la cadena de responsabilidades hasta los máximos ejecutivos de la compañía, quienes en el ejercicio de sus actividades comerciales debieron, en base del principio de confianza, delegar ciertas funciones como lo es la correcta selección y promoción del personal.

CONCLUSIONES:

A lo largo de esta investigación se han venido sintetizando los criterios en cada capítulo de este trabajo, sin embargo es necesario ir analizando como un todo la investigación que antecede; para lo cual se irán tomando las principales impresiones a las que se ha llegado. Se debe tomar en cuenta que en la actualidad la actividad empresarial se ha transformado a pasos agigantados debido a la creciente expansión tecnológica, de las comunicaciones y, por tanto, de la globalización. Esto ha transformado a estas organizaciones en estructuras complicadas de descifrar, por lo que se evidencia como necesario una transformación en lo que a materia penal respecta. Actualmente muchas legislaciones han tomado en cuenta esta circunstancia, sin embargo la evolución normativa al respecto está todavía en sus primeros pasos.

Lo importante sería identificar dentro de la empresa la posición de garante ante un hecho punible o un daño a bien jurídico protegido. Para llegar a este objetivo se debe tomar en cuenta que los directores de la empresa no podrán estar al tanto de todo el desenvolvimiento en la mayoría de los casos, para esto contrata a gente quien se encargará de vigilar, controlar y ejecutar las acciones necesarias con el fin de llevar a cabo la actividad comercial de una manera óptima y que genere ganancias. Sin embargo durante este proceso se deberán detectar los posibles riesgos jurídicamente desaprobados para lo cual el deber del empresario es vigilar controlar y seleccionar el personal idóneo sobre quienes delegará funciones y por tanto la calidad de garante ante los posibles hechos punibles que se pudieran generar en el desenvolvimiento de las actividades mercantilistas.

Lo que en este estudio se hace notar es que, si bien los directores se convierten en garantes originarios, no debería explayarse la responsabilidad penal a ellos en todas las situaciones en las que se dañe a un bien jurídico protegido, es decir, se debe determinar en que escalafón de la estructura jerárquica de la organización se determina la calidad de garante y así identificar objetivamente quien estuvo más cerca de evitar el hecho punible, quien tuvo los medios y la posibilidad real de evitarlo y quien omitió su deber de cuidado por lo que ocurrió el incidente lesivo.

Como se ha dicho con anterioridad, la definición objetiva de este tipo de delitos debe especificarse en la normativa penal de cada legislación con el fin de no transgredir el principio de legalidad. Sin embargo hay que notar que no todos los casos a darse son susceptibles de una enumeración taxativa por lo que muchos de los hechos que se dan en la vida moderna escapan a la prevención del legislador, debido a esto se deberá por lo menos fijarse un marco dentro del cual los magistrados podrán obrar e imputar objetivamente una sanación a quien omitiendo sus deberes de cuidado y en una efectiva posición de garante, causare un daño a un bien jurídico protegido.

Es importante generar una conciencia respecto al principio de confianza que debe haber en las sociedades mercantilistas para que la actividad comercial se lleve a cabo de manera eficiente, debiendo identificar en cada estructura las obligaciones específicas, si es posible determinar la posición de garante de manera contractual para que en caso de provocarse un riesgo jurídicamente desaprobado, tener una certeza absoluta de quien es el responsable de que se haya causado un daño a un bien jurídico protegido, y de esta manera nuestros magistrados no tuvieran que hacer ese “trabajo de hormiga” que muchas veces resulta interminable e inútil.

Como tema paralelo a todo esto es importante considerar que esta posición de garante tiene sus límites y al darse las circunstancias explicadas en el capítulo correspondiente se debe considerar que la posición de garante se explaya a los altos mandos, que son en primer plano los encargados de vigilar y controlar las actividades dentro de la empresa.

En consecuencia, los casos de las limitaciones de la posición de garante se deben analizar como casos particulares, puesto que en principio el criterio de este trabajo es que la responsabilidad penal no deberá explayarse al directorio de la empresa, cuando hubiere sido que en otro escalafón había un empleado que tenía entre sus obligaciones la de evitar el riesgo jurídicamente desaprobado, tomando la calidad de garante ante el hecho punible.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRALDES, Sandro. “El Principio de Confianza. Parámetro para la determinación del cuidado objetivamente debido”, Tesis Doctoral presentado en la UNED, Madrid, 2008.
- ABRALDES, Sandro F. *Lineamientos dogmáticos generales sobre la tipicidad imprudente en la moderna doctrina penal española*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; Delitos culposos, II. Buenos Aires, AR: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- ACEVEDO PINZÓN, Beatriz. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. 1967.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *La regulación de las conductas omisivas en el nuevo código penal*; Derecho penal. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial*, Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal económico*. Editorial Hammurabi SRL. Buenos Aires – Argentina. 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. *Delitos impropios por omisión*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Pannedille. 1970.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*. Madrid, España. McGraw-Hill. 1995.

- BATISTA GONZÁLEZ, María Paz. *Medios de Comunicación y Responsabilidad Penal*. Dykinson, Madrid, 1998.
- BERRUEZO, Rafael. *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa: imputación jurídico-penal sobre la base de roles*. Montevideo. IB de F. 2007.
- CASTALDO, Andrea Raffaele. *La concreción del riesgo jurídicamente relevante*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; *Delitos de peligro II*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- CASTALDO, Andrea Raffaele. *Principios del derecho penal de las sociedades por acciones*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; *Delitos de peligro, III*. Buenos Aires, AR: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo Alfredo. *De la responsabilidad penal de la persona jurídica de sus gerentes, directores y administradores*. Quito. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia. 1981.
- CÚNEO LIBARONA, Rafael. *Responsabilidad penal del empresario*. Editorial Astrea. 1ra. Edición. Buenos Aires, Argentina. 2011.
- DE LA FUENTE, Javier Esteban. *Responsabilidad penal de los directivos de la empresa aérea en caso de accidente culposo*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; *Delitos culposos, I*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Responsabilidad Penal de los Directivos de la Empresa Aérea en caso de Accidentes Culposos*, *Revista de Derecho Penal, Delitos Culposos-I*, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, (2002-1).
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva*, Ed. Cámara Madrid, Madrid, 2007.

- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *La empresa y delitos contra el medio ambiente*. EN Reyna Alfaro, Luis Miguel, coor.; Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa. Lima. Ara. 2005.
- FELLINI, Zulita. *Problemas de imputación penal en el ámbito de las personas jurídicas*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; Estafas y otras defraudaciones, II. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, órganos y representantes*, Capítulo VII, La discusión doctrinal en trono al fundamento dogmático del ‘Actuar en lugar de otro’, Ed. ARA, Lima, Perú, 2002.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *La imputación jurídico penal en el seno de la empresa*. EN Montealegre Lynett, Eduardo, coor.; El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, Buenos Aires, AR: Rubinzal-Culzoni, 2003.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Daños por gestión empresarial: responsabilidad de directores, administradores y representantes. Solidaridad. Calificación de la gestión social económica. Daños a la sociedad y a los socios*. Jurisprudencia Buenos Aires, Argentina. Astrea.
- GUARDIA, Diego. *A propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; Estafas y otras defraudaciones, II. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

- GÜNTHER Jakobs. *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 4ta. Edición. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Editorial COMARES. Granada. 1993.
- LÓPEZ CAMELO, Raúl Guillermo. *El actuar en nombre o en lugar de otro*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; *Delitos culposos, II*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- MARAVER GÓMEZ, Mario. *Riesgo permitido por legitimación histórica*. EN Montealegre Lynett, Eduardo, coor.; *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003.
- MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. *Intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal*. EN Reyna Alfaro, Luis Miguel, coor.; *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima. Ara. 2005.
- MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial*. EN Donna, Edgardo

- Alberto, dir.; Garantías constitucionales y nulidades procesales, II. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- PANTA CUEVA, David Fernando. *Algunas observaciones al principio de confianza dentro de la teoría de la imputación objetiva: problema de autonomía y repercusiones normativas*. EN Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, XVII; Ponencias. Lima. Ara. Universidad de Guayaquil. 2005.
 - PÉREZ ALONSO, Esteban. *Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; Delitos de peligro II. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.
 - PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: Sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; Delitos contra la administración pública, I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.
 - PIÑA, Roxana Gabriela. *Autoría y participación en los delitos de comisión por omisión*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; Autoría y participación, II. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006.
 - RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales: Problemas de imputación subjetiva*. EN Donna, Edgardo Alberto, dir.; Delitos culposos, I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.
 - RODRÍGUEZ VINDAS, Ramón Luis. *La responsabilidad penal de empresas ¿societas delinquere potest?* Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. 2002.
 - SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª edición, Madrid, 1999.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Montevideo. B de F. 2003.
- TERRAGNI, Marco Antonio. *Omisión Impropia y posición de garante*, Ed. Astrea, 2002.
- YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *La responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, órganos y representantes*, Ed. Jurídicas Cuyo. Cfr. Libro García Cavero, Percy.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires. 2010.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 2008.

Referencias de páginas web:

- www.iberred.org: Códigos Penales y Código Civil Argentino.
- www.lexinteramericana.com: Legislación Comparada.
- <http://perso.unifr.ch/derechopenal>: Código Penal de Alemania. La versión del Código Penal alemán traducida por la profesora Claudia López Díaz es la publicada bajo el título Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998.

Otras referencias:

- *Algunos criterios de Imputación Penal Empresaria*, Cuadernillo de la Universidad Austral, Ed. Jurídicas Cuyo, citado en *El delito como riesgo social*, Biblioteca de estudio penales de la Universidad Austral, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1998.
- Requerimiento de elevación de juicio. C /10.450/99 - J.Fed. 12/Sec 24. RIVOLO, Carlos Alberto. Fiscal Federal, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 2 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires.
- Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, Dres. Leopoldo Bruglia, María Cristina San Martino y Jorge Luciano Gorini, asistidos por los Secretarios, Dres. Eduardo Méndez, Andrea Possenti y Valeria Rico, sobre la causa Nro. 1035: “DEUTSCH, Gustavo Andrés y otros s/ estrago culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario público”.

CURRICULUM VITAE

DATOS PERSONALES

Nombre y Apellidos: **MARÍA EUGENIA SAMANIEGO VINTIMILLA**

Lugar y fecha de nacimiento: Cuenca – Ecuador, 18 de febrero de 1983

Sexo: Femenino

Estado Civil: Soltera

Nacionalidad: Ecuatoriana

No. de Cédula: 010345477-3

E-mail: mariu_samaniego@hotmail.com

Teléfonos: 593 7 2818619 / 593 983250413

FORMACIÓN ACADÉMICA

2000: Título de Bachiller Modalidad General del Colegio Experimental Bilingüe “Rosa de Jesús Cordero” (Toda la Escuela y el Colegio realizada en la misma institución)

2000 /2006: Título de “Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador”, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay (Cuenca – Ecuador). Graduada con promedio Sobresaliente (46.12/50)

2009: Cursé la Maestría en Derecho con Orientación en Dirección de Empresas de la Universidad de Palermo en Buenos Aires, Argentina (en proceso de obtención del título)

FORMACIÓN COMPLEMENTARIA

- Febrero 2004: Ciclo de conferencias para estudiantes de Derecho (8 horas).
Dictada por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay y el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid.
(Cuenca – Ecuador).
- Diciembre 2006: 1er. Congreso Nacional de Actualización Laboral (16 horas).
Avalada académicamente por la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Cuenca, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay y la Universidad del Pacífico. (Cuenca – Ecuador).
- Enero 2008: Seminario de “Reforma Tributaria: Cambios, Aplicación e Implicaciones”. Cámara de Comercio Ecuatoriana. (Cuenca – Ecuador).
- Marzo 2008: Seminario Taller de “El Arte de la Comunicación Efectiva con Programación Neurolingüística”, del 12 de febrero al 4 de Marzo del 2008.
(Cuenca – Ecuador).
- Septiembre 2008: Taller de “Psicología de la Felicidad” (8 horas). Facilitador: Martín Villar. (Cuenca – Ecuador).
- Enero-Febrero 2009: Seminario Taller de “Diseñando tu Mente con recursos de Coaching y PNL”. (Cuenca – Ecuador).
- Agosto 2011: Taller de utilización del “Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana eSilec Profesional” (2 horas).

INFORMÁTICA

Nivel Usuario: Sistema Operativo Windows 98, 2000, XP, NT, Windows Vista,

Windows 7. Procesador de Textos: Word

Hoja de Cálculo: Excel

Programa de Presentaciones: Power Point

Programas de Comunicaciones: Internet, correo electrónico

Programas Institucionales: Quipux (Gestión Documental), GPR (Gobierno por Resultados), SIGOB (Compromisos Presidenciales), Lexis eSilec Profesional.

IDIOMAS

Inglés: Nivel medio-alto oral y escrito. **Washington English Institute WEI** (240 horas).

EXPERIENCIA LABORAL

- Julio 2005 a abril 2011: “Servicios de Auditoría Externa y Contabilidad SERVIAUDEXTCONTACIA. LTDA.”. Asesora Legal. Trabajos para otras empresas en asesoría tributaria, laboral, mercantil y societaria.
- Mayo 2011 hasta la fecha: Asesora Jurídica en la Coordinación Zonal Centro Sur de la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR.