

## SEMINARIO INTERNACIONAL LOS DELITOS IMPRUDENTES EN EL AMBITO EMPRESARIAL

*Ponencia del Dr. Héctor Hernández Basualto\**

### **Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa \***

#### **1. Introducción**

Que por los delitos cometidos en el seno de una empresa y en el desarrollo del giro de la misma pueda caberle, bajo ciertas circunstancias que más abajo se desarrollan, algún tipo de responsabilidad penal a sus órganos directivos debiera ser, en rigor, una cuestión relativamente pacífica. Desde luego lo es en la práctica jurisprudencial de los países desarrollados, pero debería serlo también en Chile, si bien entre nosotros el reconocimiento práctico de esta evidencia ha sido lento y sólo en el último tiempo parece ir tomando incipiente brío.

Al respecto cabe recordar cómo ya el viejo Código de 1874 lo preveía de modo expreso al menos para un caso particularmente relevante en su época, en el todavía vigente art. 329<sup>1</sup>, que luego de establecer un caso calificado de cuasidelito, en su inciso tercero dispone que “(l)as disposiciones de este artículo son también aplicables a los empresarios, directores o empleados de la línea”. Por cierto debe descartarse que el precepto sea aplicable a la mayoría de los casos que hoy en día pueden llamar la atención del sistema penal, toda vez que se inserta en el párrafo relativo a los crímenes y simples delitos relativos, entre otros, a los “ferrocarriles” y que los artículos que le preceden se refieren básicamente también a la actividad de las empresas de ferrocarriles. Pero lo que interesa destacar es que la regla responde a una idea general del legislador y no constituye en caso alguno una excepción, como se desprende inequívocamente de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición<sup>2</sup>.

---

\* Abogado, *legum magister* y Doctor en Derecho (Friburgo de Brisgovia), profesor de Derecho penal y de Derecho procesal penal de la Universidad Alberto Hurtado.

\* Texto revisado de la intervención en el seminario “Delitos imprudentes en el ámbito empresarial” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1 y 2 de agosto de 2007). Con anterioridad estas ideas se habían expuesto en las Segundas jornadas patagónicas de Derecho penal contemporáneo (4 y 5 de abril de 2006) y en el seminario “Responsabilidad penal en la empresa. Aspectos sustantivos y procesales” organizado conjuntamente por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y el Estudio Carey y Compañía (3 de agosto de 2006). Por último, se toman, generalizadas, opiniones vertidas en un Informe en Derecho evacuado para la Fiscalía Regional de O’Higgins en el contexto del procedimiento por la tragedia caminera de mayo de 2006 en el puente sobre el río Tinguiririca (junio de 2007).

<sup>1</sup> En lo sucesivo artículos sin otra mención corresponden a los del Código penal.

<sup>2</sup> En efecto, en el Acta de la sesión 158, de 23 de junio de 1873, correspondiente a la “Revisación” del texto por parte de la Comisión Redactora, se da cuenta de la introducción del inciso final en los siguientes términos: “Examinándose el art. 328 (318 [actual 329]) el señor Reyes hizo notar la falta

Detrás de esta afirmación dogmática late también, justo es reconocerlo, el propósito político-criminal – característico del derecho penal moderno - de que la responsabilidad penal se haga efectiva en primera línea en aquéllos que, atendidas las características de la estructura y del funcionamiento de la empresa, aparecen como los “verdaderos” responsables, en cuanto depositarios del poder en la organización empresarial, y no – o no sólo - en empleados ubicados en los niveles más bajos de la escala jerárquica a los que sólo “les toca” ejecutar la última maniobra que realiza materialmente el tipo penal. Gráficamente, se trata de algún modo de abandonar el modelo de imputación “*bottom up*”, de abajo hacia arriba, con su énfasis contraproducente en el último eslabón de la cadena, en favor del modelo “*top down*”, de arriba hacia abajo, que pone énfasis precisamente en la responsabilidad de los órganos directivos<sup>3</sup>.

Ahora bien, la sola enunciación de este propósito impone un importante desafío adicional, como es evitar a toda costa siquiera la sospecha de una posible *responsabilidad objetiva por el cargo*, incompatible con un Derecho penal de culpabilidad como el nuestro<sup>4</sup>. Esto no sólo por evidentes e irrenunciables razones de principio, sino también por otras menos altruistas de corte estratégico, pues a la larga la sospecha de responsabilidad objetiva – por los escrúpulos que naturalmente despierta en los jueces, más aún en casos “prominentes” - pavimenta el camino para consagrar en los hechos la total impunidad de los directivos de empresa<sup>5</sup>. El desafío consiste, en consecuencia, en fundar una responsabilidad estrictamente personal en el delito, por la infracción de *deberes propios* del directivo. Esto es lo que se intenta en las páginas siguientes.

Se impone, sin embargo, una última aclaración. La exposición se circunscribirá a la responsabilidad por *delitos culposos*. Si bien los criterios de imputación de responsabilidad a los directivos de empresa son esencialmente los mismos tanto para delitos dolosos como culposos, la restricción se impone aquí

---

de una disposición que castigue a los empresarios directores o empleados de un ferrocarril cuando por su culpa i a consecuencia del mal estado de la línea o de su equipo, se causaren los accidentes de que habla el artículo citado. *Aun cuando la disposición de éste pudiera muy bien entenderse que comprende a las personas indicadas, cree que conviene consignar de un modo expreso esa inteligencia?* (Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, Santiago 1873, p. 284, énfasis agregado).

<sup>3</sup> Al respecto, por todos, Feijóo Sánchez, Bernardo: Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, Reus, Madrid 2007, p. 155 y ss.

<sup>4</sup> Algo distinto rige, en alguna medida, en el derecho estadounidense, donde a partir del fallo *United States v. Dotterweich* (320 U.S. 277 [1943]) se ha aceptado la legitimidad de hipótesis de responsabilidad objetiva (*strict liability*) para directivos de empresas por los delitos vinculados al giro cometidos por subordinados, aunque no les sea imputable siquiera negligencia. Al respecto *Strader, J. Kelly: Understanding white collar crime*, LexisNexis, Newark etc. 2002, p. 27 y ss.; *Podgor, Ellen / Israel, Jerold: White collar crime in a nutshell*, West, St. Paul, Minn. 1997, p. 32 y ss.

<sup>5</sup> He destacado el carácter contraproducente del tratamiento aparentemente menos garantista de la delincuencia económica en *Hernández, Héctor: Perspectivas del derecho penal económico en Chile, Persona y Sociedad*, Vol. XIX (2005) N° 1, 101 (125 y s.).

por razones que no tienen que ver sólo con los términos de la invitación a exponer sobre el tema. Además de las limitaciones de tiempo y espacio se ha tenido presente que, fuera de los casos más simples de órdenes antijurídicas de los directivos, la responsabilidad de éstos suele fundarse en el *incumplimiento negligente de sus deberes de vigilancia y control*, de modo que afirmar su responsabilidad penal por el delito cometido sólo será posible respecto de tipos penales que admitan una realización culposa<sup>6</sup>, los que, como se sabe, son una clara excepción en el ámbito de la delincuencia económica<sup>7</sup>. Y como, afortunadamente, la producción *dolosa* de muertes y lesiones no es tampoco lo que caracteriza la criminalidad de empresa, en buena medida los únicos casos relevantes serán los de muertes y lesiones ocasionadas por la imprudencia de órganos de la organización empresarial. Una revisión completa de la cuestión debe quedar pendiente para otra oportunidad.

## 2. Reflexiones previas sobre la extensión de la responsabilidad penal culposa

En este contexto conviene recordar como cuestión previa algunas características generales de la responsabilidad penal por culpa o imprudencia. Se trata, en rigor, de cuestiones de sobra conocidas que, por lo mismo, no requerirían mayores comentarios. Si no obstante se insiste en ellas es simplemente para hacer frente de antemano a ciertos prejuicios – cuando no abiertamente errores – bastante arraigados en nuestra práctica judicial, que suelen nublar la correcta apreciación técnica de los casos. Por una parte se trata de la *autoría* en los delitos culposos; por la otra de la “*proximidad*” que supuestamente debería existir entre conducta imprudente y resultado típico. A continuación se abordan brevemente ambas cuestiones.

---

<sup>6</sup> Ésta es, reconocidamente, la mayor limitación que enfrenta la imputación penal por medio de la infracción de deberes de vigilancia y control, lo que ha motivado en algunos ordenamientos extranjeros la *tipificación autónoma* de tales infracciones, también y especialmente en su forma imputente, si bien, hasta donde se puede ver, sólo con rango contravencional, no estrictamente penal. Tal es el caso en Alemania del § 130 OWiG, cuyo primer apartado dispone: “El que como propietario de un establecimiento o empresa omite dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que son necesarias para evitar en el establecimiento o empresa incumplimientos de deberes que incumben al propietario y cuya infracción está amenazada con pena o multa contravencional, incurre en una contravención si se comete una infracción que con la vigilancia debida se hubiera impedido o dificultado esencialmente. Entre las medidas de vigilancia necesarias se cuenta también el nombramiento, la selección cuidadosa y el control de personal de vigilancia”. Al respecto *Frisch*, Wolfgang: Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa (trad. *Paredes Castañón*), en *Mir Puig*, Santiago / *Luzón Peña*, Diego Manuel (coordinadores): Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J.M. Bosch, Barcelona 1996, p. 125.

<sup>7</sup> Puede mencionarse la hipótesis culposa de lavado de dinero del inciso cuarto del art. 27 de la Ley N° 19.913 o, aparentemente, la figura básica del art. 136 de la Ley General de Pesca, así como la del inciso segundo del art. 136 bis de la misma ley.

## 2.1. La autoría en los delitos culposos y sus consecuencias

En la medida en que se asuma, como se hace de modo mayoritario entre nosotros, que la responsabilidad penal en materia de imprudencia se funda exclusivamente en la infracción de los propios deberes de cuidado en relación con el resultado lesivo - y no en la participación en el hecho de un tercero - se asume también la vigencia de un *sistema unitario de autor*, esto es, de un sistema en el cual no se distingue entre autor y coautores o partícipes porque *sólo hay autores*, ya que todo aquél que contribuye a la producción del resultado típico mediante una conducta realizada con infracción del deber de cuidado que en particular le incumbe es derechamente autor<sup>8</sup>.

Y si bien esta aseveración y sus alcances no son en absoluto pacíficos en el debate comparado, en el que más bien se aprecia la tendencia contraria<sup>9</sup>, sí lo es - y ése es el punto verdaderamente relevante para los fines de esta exposición - que en los delitos culposos puede haber tantos responsables como sujetos que hayan infringido sus respectivos deberes individuales de cuidado, dando lugar, de modo objetivamente imputable, a la producción del resultado típico. Consecuentemente, el establecimiento de la responsabilidad penal a título de imprudencia no puede limitarse a la consideración de la conducta imprudente del sujeto que parece haber actuado de un modo “más próximo” al resultado, sino que debe extenderse a la conducta de todos aquéllos especialmente obligados a guardar un deber de cuidado al respecto, en la medida en que el resultado aún represente la realización del preciso riesgo prohibido creado por la infracción de dicho deber.

En particular, la ulterior intervención culposa de terceros no excluye la responsabilidad penal de quien de modo imprudente ha contribuido al resultado típico. A diferencia de lo que ocurre tratándose de la posterior intervención *dolosa* de un tercero en la producción del resultado, donde se discute arduamente si y en

---

<sup>8</sup> Al respecto *Etcheberry*, Alfredo: Derecho penal, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. I, p. 323; *Cury*, Enrique: Derecho penal. Parte general, 7ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2005, pp. 623, 640; *Garrido*, Mario: Derecho penal, Editorial Jurídica de Chile, T. II, Santiago 1992, pp. 176, 315; *Polittoff*, Sergio / *Matus*, Jean Pierre / *Ramírez*, María Cecilia: Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, pp. 294, 423; *Bustos*, Juan: El delito culposo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995, p. 96 y ss., con referencias jurisprudenciales; *Soto*, Miguel: La noción de autor en el Código penal chileno, Gaceta Jurídica N° 68 (1986), 13 (13 y s.).

<sup>9</sup> La tendencia ya era importante en la doctrina española desde mediados del siglo XX (sin perjuicio de la discusión en torno a la tipicidad de la participación culposa; al respecto, por ejemplo, *Luzón Peña*, Diego-Manuel: Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales [comentario a la STS 27-1-1984], en *El mismo*: Derecho penal de la circulación, 2ª edición, PPU, Barcelona 1990, p. 90 y ss., y más modernamente *Feijoo Sánchez*, Derecho penal de la empresa, p. 233 y ss., ambos con referencias) y va ganando terreno en la discusión alemana, en particular en lo referido a la coautoría imprudente, precisamente para el ámbito de la criminalidad de empresa (de “imparable avance” habla *Roxin*, Claus: Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión [trad. *Castiñeira Palou*], en *AA. VV.*: Sobre el estado de la teoría del delito [Seminario en la Universitat Pompeu Fabra], Civitas, Madrid 2000, p. 175 y s.).

qué medida debe excluirse la responsabilidad de quien ha actuado previamente (la llamada *prohibición de regreso*, en cualquiera de sus variantes)<sup>10</sup>, tratándose de la concurrencia de varias conductas imprudentes que dan lugar al resultado nadie pone en duda la procedencia de una imputación múltiple de responsabilidad penal.

## 2.2. ¿“Proximidad espacio-temporal” como exigencia típica de los delitos culposos?

Si la responsabilidad penal a título de imprudencia se funda exclusivamente en la infracción de un deber personal de cuidado y no existe, como se ha dicho, una “prohibición de regreso” que restrinja la imputación a lo que pudiera denominarse el “último aporte” al resultado, la sola formulación de la pregunta por una supuesta exigencia de “proximidad” entre conducta imprudente y resultado resulta totalmente fuera de lugar. Aún antes de cualquier discusión sobre su posible significado, una exigencia de ese tipo carece de todo fundamento tanto en la ley como en la teoría de los delitos culposos. Lo único decisivo para afirmar o rechazar la imputación objetiva del resultado y, con ello, en buena medida, la responsabilidad penal, es si el riesgo prohibido creado por la infracción del deber de cuidado se realiza o no en el resultado concreto. En caso afirmativo habrá imputación objetiva, siendo del todo intrascendente qué tan “próxima” o “distante” ha estado la conducta imprudente respecto del resultado, así como el número de posibles “aportes intermedios” al mismo.

En rigor el punto no merecería siquiera ser planteado, porque no existe discusión al respecto. Su consideración sólo se justifica a la luz de cierta actitud presente en algunos operadores jurídicos que *a priori* suelen ver meros ilícitos civiles donde no exista cercanía física entre víctima e imputado ni cercanía temporal entre conducta y resultado<sup>11</sup>. Éste es, sin embargo, un prejuicio totalmente infundado. Sólo una concepción primitiva de los tipos culposos – más atenta, además, a la tipología de la casuística tradicional que a la letra de la ley - puede hacer depender la virtualidad de los mismos de la presencia o ausencia de una interacción física o de la relativa inmediatez del resultado.

Con semejante criterio debería negarse por anticipado, por ejemplo, la responsabilidad penal de los arquitectos e ingenieros que proyectaron

---

<sup>10</sup> Al respecto *Roxin*, Claus: Strafrecht AT I, 4. Aufl., Beck, München 2006, § 24 Rdn. 27 y ss. (hay versión castellana de la segunda edición de 1994: Derecho penal. Parte general [trad. *Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / de Vicente Remesa*], Civitas, Madrid 1997); y *Jakobs*, Günther: La prohibición de regreso en los delitos de resultado (1977) (trad. *Cancio Meliá*), en *El mismo*: Estudios de derecho penal, Civitas, Madrid 1997, p. 241 y ss. Una ilustrativa visión sintética – interesante, además, porque se hace cargo también del instituto a propósito de los delitos de omisión – en *Feijoo Sánchez*, Bernardo: Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?, Comares, Granada 1999.

<sup>11</sup> Me he referido críticamente a esta tendencia ya en *Hernández*, Persona y Sociedad, Vol. XIX (2005) N° 1, 101 (119).

defectuosa – ignorando todos los estándares técnicos vigentes – el puente o edificio que se desploma a consecuencia de tales defectos, ocasionando numerosas muertes, por la sencilla razón de no haber intervenido físicamente en la construcción o por la circunstancia – altamente probable, por lo demás – de que el desplome se produzca meses y hasta años después<sup>12</sup>, lo que es a todas luces absurdo y nadie estaría dispuesto a sostener seriamente. Como es obvio, lo único relevante es si los resultados mortales son imputables a la imprudencia de quienes proyectaron la edificación, aunque no hayan sido ellos quienes la construyeron y ni siquiera hayan estado alguna vez presentes en el lugar de la misma. En la medida en que la construcción es la ejecución del diseño defectuoso, los primeros responsables serán, naturalmente, quienes realizaron ese diseño y no los obreros que hicieron las excavaciones o vertieron el concreto, y ni siquiera los jefes de obra o constructores civiles, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades que les pudieran caer también a éstos por su propia negligencia, pero sin eximir en ningún caso de responsabilidad a los encargados del diseño defectuoso de la obra.

### 3. El necesario carácter “empresarial” del delito

Para que tenga sentido la pregunta por la eventual responsabilidad de los directivos de empresa por delitos cometidos en el seno de la misma debe tratarse de delitos que de algún modo sean de la *incumbencia* de la empresa en cuanto tal. La desgraciada circunstancia de que, por ejemplo, un trabajador de la empresa mate a alguien en un ataque de celos – fuera o incluso dentro de las dependencias de la empresa - o que utilice el correo electrónico de la misma para intercambiar pornografía infantil o para amenazar a otras personas, no parece por cierto suficiente como para plantear seriamente una posible responsabilidad penal de los directivos de la empresa, no al menos en cuanto tales.

La incumbencia viene dada fundamentalmente porque el delito corresponda a un riesgo asociado al *desarrollo del giro* empresarial<sup>13</sup>. En el caso de los delitos culposos, esto implicará que la empresa haya sido – al menos también – *destinataria del deber de cuidado* específico cuya infracción ha redundado en el resultado lesivo<sup>14</sup>. Si bien se puede asumir en principio que los deberes de cuidado pesan en primera línea sobre aquéllos que realizan directamente las actividades riesgosas, en la medida en que éstos se desempeñan *para la empresa* en cumplimiento de las funciones propias de su trabajo en ella, de modo que desde

---

<sup>12</sup> Que la demora en la producción del resultado no puede racionalmente ser un obstáculo para fundar responsabilidad penal lo ponen de manifiesto *Politoff / Matus / Ramírez*, PG, p. 130, precisamente de la mano de los delitos culposos (a propósito de su prescripción), con un ejemplo casi idéntico al propuesto aquí.

<sup>13</sup> Aunque no sea prototípicamente peligroso, como bien destaca *Frisch*, Problemas fundamentales, p. 116.

<sup>14</sup> En términos algo genéricos *Fejoo Sánchez*, Derecho penal de la empresa, pp. 179 y 181 y ss., habla de una “imputación objetiva al colectivo”.

una perspectiva externa es *la empresa* la que desarrolla la actividad, debe entenderse que ésta es también destinataria directa de tales deberes.

Considérese, por ejemplo, el caso del transporte interurbano de pasajeros y la responsabilidad en la producción de accidentes camineros con saldo de muertes y lesiones. Que la primera responsabilidad sea del conductor que desarrolla directamente la actividad parece natural, pero en ningún caso excluye la posibilidad de otras responsabilidades al respecto, en particular de la organización empresarial. Difícilmente se podrá negar responsabilidad de la empresa, por ejemplo, cuando se ha contratado como conductor a una persona que no reúne los requisitos exigidos para desempeñarse como tal<sup>15</sup>, cuando no se realizan las debidas revisiones técnicas ni la mantención de las máquinas o cuando se infringen sistemáticamente las normas sobre descansos mínimos de los conductores<sup>16</sup>. Más aún, incluso cuando no se haya incurrido en ninguna situación de este tipo, la infracción del deber de cuidado del conductor será de todos modos de incumbencia de la empresa, sin perjuicio de que, por la imposibilidad de control, no sea luego posible imputarle responsabilidad a ningún otro órgano de la misma. Tal sería el caso si el accidente se hubiera debido exclusivamente a una maniobra temeraria del chofer, como sería si hubiera adelantado en una zona prohibida, porque en tales circunstancias – completamente ignorantes y en un contexto de dominio exclusivo y excluyente de la situación en manos del conductor - nada habrían podido hacer aquellos órganos para evitar el accidente.

La incumbencia del delito a la organización empresarial resulta esencial no sólo para fundar a su respecto deberes que pesan sobre el órgano directivo, sino también para delimitar los alcances de los mismos, en el sentido de referirse “sólo a la realización de actividades propias de la empresa y a hechos que él pueda evitar, haciendo uso, asimismo, de los mecanismos propios de su posición de competencia en la empresa”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Recientemente, en la Argentina, en el caso LAPA (accidente aéreo en el aeroparque Jorge Newbery, en agosto de 1999), incluso se ha imputado imprudencia por seguir empleando a un piloto que, cumpliendo formalmente los requisitos, se había demostrado torpe en su desempeño, planteando muy interesantes cuestiones en cuanto a los límites del riesgo permitido. Al respecto, *Rodríguez Estévez*, Juan María: ¿Puede la responsabilidad penal del empresario fundamentarse en la dogmática de los delitos de “infracción de un deber”?, en *Yacobucci*, Guillermo Jorge (director): Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs, ARA, Lima 2005, p. 421 y ss. (publicado también con el título Responsabilidad penal del empresario y delitos de infracción de un deber, Derecho Penal Contemporáneo N° 14 [2006], 121 [130 y ss.]).

<sup>16</sup> Los incisos segundo y tercero del art. 25 del Código del Trabajo, sobre descansos de conductores, tienen precisamente como destinatario al empleador.

<sup>17</sup> *Silva Sánchez*, Jesús María: Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español, en *Schünemann*, Bernd / *De Figueiredo Dias*, Jorge (coordinadores) / *Silva Sánchez*, Jesús María (edición española): Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin, J.M. Bosch, Barcelona 1995, p. 371; de acuerdo *García Caveró*, Percy: Derecho penal económico. Parte general, 2° edición, Grijley, Lima 2007, p. 698 y s.

#### 4. Regulaciones de la actividad empresarial y previsibilidad

La posibilidad de imputar responsabilidad a quienes no realizan directamente la actividad peligrosa plantea dudas sobre la *previsibilidad* del resultado lesivo para éstos, previsibilidad que se exige a la hora de determinar si ha habido o no infracción del deber de cuidado. Al respecto son de extraordinaria importancia las *regulaciones de la actividad empresarial*, cuya infracción, al estar éstas fundadas en la experiencia acumulada en la gestión de los riesgos involucrados, tiende a despejar tales dudas. Porque en general no puede sostenerse seriamente que sea imprevisible un resultado lesivo cuando éste es de aquéllos a cuya evitación tiende precisamente la normativa infringida<sup>18</sup>. De este modo la infracción de la normativa especial de seguridad cumple al mismo tiempo la función de ser “infracción de reglamento” en los términos del art. 492 y, en la medida en que es consenso normativizado sobre la previsibilidad del resultado, permite calificar la conducta, salvo circunstancias extraordinarias, como imprudente *per se*<sup>19</sup>, con lo cual se cumple con la exigencia que impone el citado art. 492, en cuanto a que, además de la infracción de reglamentos, efectivamente haya concurrido al menos “mera imprudencia o negligencia”.

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

Si, por ejemplo, se asume genéricamente que los conductores no duerman el tiempo que dispone la ley cuando el negocio así lo exija, se asume también genéricamente la posibilidad – plenamente previsible – de que alguno *cualquiera* de ellos provoque un accidente<sup>20</sup> por desempeñarse en condiciones deficientes. Lo mismo ocurre si una empresa aérea asume que las revisiones técnicas de los aviones de la flota se hagan sólo cuando aparecen desperfectos o sólo cuando haya tiempo y recursos y no cuando corresponde conforme a las regulaciones y estándares establecidos. Como es obvio, nadie dudaría de la responsabilidad de los

---

<sup>18</sup> De acuerdo, por lo demás, con el criterio del *fin de protección de la norma*.

<sup>19</sup> Que haya infracciones de reglamento que en sí mismas revelan imprudencia es algo pacíficamente aceptado en nuestra jurisprudencia; al respecto *Etcheberry*, Alfredo: El derecho penal en la jurisprudencia, 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1987, T. I, p. 260 y s., T. IV, p. 82.

<sup>20</sup> Tanto el tipo concreto de accidente (choque frontal, volcamiento, etc.) como la concreta expresión física del agotamiento que lo provocó (pérdida de conciencia, reflejos retardados, etc.) son irrelevantes para estos efectos, en la medida en que sigan siendo imputables a la infracción reglamentaria, cuyo fin es el aseguramiento genérico de condiciones físicas adecuadas para el desempeño y la prevención también genérica de accidentes asociados a dicho desempeño.

directivos de la empresa que asumieron esta ejecución sólo parcial de las medidas de mantención requeridas si de ello se derivara un accidente, aunque ignoraran completamente cuáles medidas específicas se han omitido, en qué máquinas en particular y qué riesgos precisos se derivan de dicha omisión<sup>21</sup>.

## 5. Imputación a título de acción y, en subsidio, de omisión

En la medida en que se puede imputar responsabilidad penal a diversas personas en general y - atendida la incumbencia del hecho para ésta - *en la empresa* en particular, es evidente que también puede plantearse la posible responsabilidad de los directivos de la misma. Lo que debe establecerse ahora es bajo qué presupuestos esto será posible. Al respecto se abren dos caminos complementarios, que atienden al carácter *activo u omisivo* de la contribución de los directivos al resultado lesivo.

Que la distinción entre acción y omisión esté sometida a una crítica creciente en la dogmática moderna<sup>22</sup>, y que su racionalidad y necesidad resulte especialmente discutible en el ámbito de la imprudencia no exime, sin embargo, especialmente desde una perspectiva práctica, de un examen de la cuestión conforme a los términos de la opinión tradicional y claramente dominante en nuestro medio. Con todo, lo que merece ser destacado en este contexto es que la asunción de un punto de vista que prescindiera de la distinción entre acción y omisión sólo debiera conducir a una fundamentación probablemente más sencilla de unos resultados prácticos altamente coincidentes.

En efecto, la reclamada superación de los criterios de imputación “de base naturalista” en favor de una imputación fundada en la *competencia* por el hecho<sup>23</sup> enfrenta problemas similares a los que debe sortear, como se verá, la principal vía de imputación mediante criterios tradicionales, como es la imputación por la omisión de deberes de vigilancia y control del órgano directivo en cuanto garante. Más allá de la caricatura de un garante genérico que supuestamente responde por todo lo imaginable<sup>24</sup>, también en este contexto lo decisivo – y la tarea más ardua desde un punto de vista dogmático - será precisar el alcance concreto de los *deberes*

---

<sup>21</sup> Lo único que tal vez podría discutirse en este contexto es si la asunción de infracciones puntuales y poco significativas en un ámbito de actividad que no parezca especialmente peligroso autorizan la misma conclusión.

<sup>22</sup> Al respecto, por todos y entre otros escritos, *Jakobs*, Günther: La imputación penal de la acción y de la omisión (trad. *Sánchez-Vera Gómez-Trelles*), Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996 (también en *El mismo*: Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad, Civitas, Madrid 2004, p. 99 y ss.).

<sup>23</sup> Decididamente *García Cervero*, Derecho penal económico PG, p. 707 y ss.; *Feijoo Sánchez*, Derecho penal de la empresa, pp. 179, 184 y ss., 190 y ss.

<sup>24</sup> Amén de aquella otra que enfatiza una supuesta obsesión por la ejecución del hecho que materialmente realiza el tipo penal, como si ésta no fuera también indispensable para afirmar la incumbencia del hecho a la organización empresarial y, con ello, poder empezar a discutir sobre las competencias existentes al respecto en dicha organización.

del garante, esto es, de su competencia, como presupuesto indispensable para afirmar su eventual responsabilidad. Como se puede ver, mientras se produce el necesario acoplamiento de las diversas aproximaciones el trabajo interpretativo no escasea.

### 5.1. Imputación a título de acción

La imputación de un resultado lesivo a la conducta activa de un sujeto supone, en primer lugar, que éste con dicha conducta haya creado un riesgo prohibido para el bien jurídico lesionado. Tratándose de resultados lesivos provocados por el desarrollo de una actividad empresarial, éstos son imputables a todos aquéllos que, con infracción de sus respectivos deberes de cuidado, contribuyen activamente a su producción.

Son responsables entonces a título de acción, desde luego, quienes disponen que se realice la actividad peligrosa en las condiciones defectuosas, mediante instrucciones específicas impartidas directamente o a través de personas ubicadas en un rango inferior en la escala jerárquica de la empresa. Esto, naturalmente, a condición de que tienen conocimiento del incumplimiento de la normativa de seguridad o han debido conocerlo por pertenecer dicho conocimiento al ámbito de sus obligaciones<sup>25</sup>.

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

---

<sup>25</sup> La afirmación de la responsabilidad penal cuasidelictual del empleador que ordena a su trabajador la realización de actividades conocidamente peligrosas sin adoptar las correspondientes medidas de seguridad es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. Véase, por ejemplo, entre muchas otras, la sentencia de la Corte Suprema de 17 de julio de 1997, Gaceta Jurídica N° 205 (1997), 108 (109 y s.) donde se aprueba la condena por cuasidelito de homicidio al empleador que le ordena a la víctima la demolición del techo de una cámara de fumigación mal construida, lo que estaba en su conocimiento, “sin dotarlo de ningún elemento de seguridad, ni adoptar las precauciones necesarias” (110). Llama la atención, en todo caso, que la sentencia haga alusión a que el imputado “se desentendió por completo de su *rol de garante de seguridad* de las personas que trabajan cumpliendo sus órdenes, exponiéndolas a gravísimo riesgo para su integridad física” (110, énfasis agregado), afirmación ciertamente correcta y central desde la perspectiva de un delito omisivo, pero innecesaria en el contexto de una imputación directa por la *creación activa* (orden) del riesgo prohibido para la vida del trabajador.

que, a mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas” en los términos del art. 492.

Como se ve, estas conclusiones no son más que el resultado de la aplicación pura y simple de los criterios tradicionales y ampliamente reconocidos de imputación de responsabilidad penal cuando varias personas contribuyen imprudentemente a la producción del resultado típico. Que los hechos se desarrollen en medio de la actividad de una empresa sólo altera el contexto, no las soluciones de fondo. Tanto es así que en la literatura especializada en materia de imputación de responsabilidad penal en el seno de la empresa estos “casos simples” apenas son abordados<sup>26</sup>, salvo para discutir, tratándose de delitos dolosos, si el directivo que imparte órdenes ilegítimas que son cumplidas por un subordinado plenamente responsable puede ser considerado autor y no mero inductor<sup>27</sup>.

La mayoría de los casos no responde, sin embargo, a este esquema simple. Los criterios tradicionales de imputación a título de acción fracasan, al menos conforme a los criterios dominantes, por ejemplo, cuando se trata de contribuciones culposas del órgano directivo al hacer doloso de un subordinado (por el rechazo a la participación culposa) o, más en general, y aspecto fundamental tratándose de delitos culposos, cuando el funcionamiento deficiente de la empresa no es imputable ni a la organización inicial ni a decisiones específicas de la dirección, sino que a deficiencias que surgen con posterioridad y de modo más o menos incontrolado. Para la solución de estos casos ofrece mejores perspectivas la dogmática de los delitos de omisión, específicamente la de los llamados *delitos de omisión impropia o de comisión por omisión*<sup>28</sup>.

## 5.2. En subsidio, imputación a título de omisión

Antes de analizar este camino, conviene, sin embargo, recalcar que se trata de un camino *complementario y subsidiario*, esto es, que sólo tiene sentido cuando no puede acreditarse la creación directa del riesgo prohibido – mediante instrucciones o mediante la organización o gestión general de la empresa - por parte del órgano

---

<sup>26</sup> Sin perjuicio de que se admita que su solución conforme a los criterios tradicionales de imputación no resulta, en general, mayormente problemática. Así, por ejemplo, *Silva Sánchez*, Responsabilidad penal de las empresas, p. 369 y s.; *Frisch*, Problemas fundamentales, p. 103 y ss., entre otros.

<sup>27</sup> Contexto en el cual ha sido especialmente discutida la tesis de *Roxin* en cuanto a la existencia de una “autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder”. Al respecto cabe hacer presente que el propio *Roxin*, Claus: Strafrecht AT II, Beck, München 2003, § 25 Rdn. 129 y ss., es contrario a la aplicación de su tesis, desarrollada fundamentalmente para la criminalidad estatal y para la criminalidad organizada, en el ámbito de la delincuencia de empresa. Véase también, entre muchos otros, *Muñoz Conde*, Francisco: Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, Revista Penal N° 9 (2002), 59 (74 y ss.).

<sup>28</sup> Así también *Silva Sánchez*, Responsabilidad penal de las empresas, p. 371.

en cuestión. Si tales extremos se encuentran suficientemente acreditados debería seguirse ese camino directo y mucho más sencillo de imputación.

### 5.2.1. Posición de garante del órgano directivo de la empresa

El presupuesto central para la imputación de un resultado lesivo a la omisión de un sujeto es, como se sabe, la existencia de una *posición de garante*. En este caso, la cuestión fundamental es si los órganos de dirección de una empresa se encuentran en una tal posición de garante, que funde para ellos el deber de procurar evitar resultados lesivos a consecuencia del funcionamiento de la empresa.

Esta pregunta recibe una respuesta ampliamente afirmativa, tanto en la literatura como en la práctica judicial de muchos países, especialmente en los países desarrollados<sup>29</sup>, lo que debería regir sin reservas también en el derecho chileno. Que a quien tiene funciones directivas en una empresa le incumben importantes deberes en relación con el funcionamiento de la misma y que, en consecuencia, le puede caber responsabilidad – incluso penal - por los resultados lesivos imputables a la infracción de tales deberes no es, en rigor, un punto en discusión. Lo que se discute arduamente es, más bien, el fundamento exacto de dichos deberes<sup>30</sup>.

Básicamente en la literatura se encuentran dos aproximaciones que compiten por la justificación de los deberes que pesan sobre el directivo de empresa, aunque, si bien se ve, se trata en rigor de la misma justificación, a la cual se llega a partir de distintas perspectivas iniciales. En la medida en que no son más que expresión en este campo particular de un debate mucho más amplio sobre los fundamentos de la imputación jurídico-penal, en el que se enfrentan - pero a la vez se retroalimentan recíprocamente - distintas concepciones dogmáticas, de modo convencional se puede hablar aquí de una aproximación *tradicional* y de otras más *nuevas* que ponen en entredicho la justificación dogmática de la distinción entre acción y omisión. A continuación se presentan sintéticamente ambas aproximaciones, sin dejar de destacar desde ya que sus resultados son plenamente coincidentes.

---

<sup>29</sup> En el caso alemán la jurisprudencia lo reconoce al menos desde mediados del siglo XIX, como se informa con detalle en el ya clásico trabajo de *Schünemann*, Bernd: Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Heymanns, Köln – Berlin – Bonn – München 1979, p. 70 y ss. En el caso español puede verse en general *Lascraín Sánchez*, Juan Antonio: Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario, en *AA. VV.*: Hacia un nuevo derecho penal económico europeo. Jornadas en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, BOE, Madrid 1995, p. 209 y ss. Particularmente nítida en España es la aceptación en el ámbito de los accidentes del trabajo, al respecto *Baylos*, Antonio / *Terradillos*, Juan: Derecho penal del trabajo, 2ª edición, Trotta, Madrid 1997, p. 111 y ss.

<sup>30</sup> *Schünemann*, Bernd: Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas (trad. *Baza*), en *El mismo*: Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Tecnos, Madrid 2002, p. 138, lo atribuye a las dificultades conceptuales de integrar esta forma de posición de garante en la tríada clásica formal (ley – contrato – injerencia).

### a) La aproximación tradicional

Para la primera aproximación la posición de garante de los órganos directivos de una empresa fluye natural y necesariamente del hecho de mantener en funcionamiento una *fente de peligro*, de la cual, como su nombre lo indica, pueden emanar efectos lesivos para bienes jurídicos de terceros, de donde se sigue, correlativamente, el deber de conjurar el peligro<sup>31</sup>. El órgano directivo, en cuanto tiene control sobre la fuente de peligro, es entonces garante y responde penalmente si omite cumplir con su deber de evitar resultados lesivos.

Es posible que la debida comprensión de esta posición de garante en nuestro medio requiera de algunas explicaciones previas. Tradicionalmente entre nosotros la función del garante se ha visto en la protección de un determinado bien jurídico (o del titular de un conjunto de bienes jurídicos) frente a riesgos provenientes del exterior. Así, por ejemplo, el padre debe velar porque su hijo pequeño no sufra daños provenientes de las fuentes de peligro circundantes. Se trata, para decirlo en términos espaciales, de la prevención de peligros que están en el exterior y amenazan el interior.

Sin embargo, junto a estos garantes, que pueden denominarse *garantes de protección*, existen otros que tienen una función diferente, los llamados *garantes de vigilancia*. Los garantes de vigilancia no están destinados en primera línea a velar por la protección de un determinado bien jurídico, sino que, como su nombre lo indica, deben vigilar una determinada fuente de peligro que se encuentra bajo su ámbito de control, en términos de procurar que ésta no dañe los bienes jurídicos circundantes. Para seguir con las descripciones espaciales, se trata de la prevención de peligros que están en el interior y amenazan el exterior.

Si bien esta distinción – impuesta por Armin Kaufmann hacia fines de los años 50<sup>32</sup> – ha sido en buena medida ignorada por nuestra literatura<sup>33</sup>, se trata de un

---

<sup>31</sup> Si bien parece tratarse de la misma idea, a veces se emplea la noción de *injerencia* con el mismo fin, entendiendo que poner en funcionamiento la fuente de peligro constituye el actuar precedente peligroso. Así, por ejemplo, Núñez Castaño, Elena: Responsabilidad penal en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 46 y ss. Véase al respecto, con abundantes referencias, García Cervero, Derecho penal económico PG, p. 697.

<sup>32</sup> Kaufmann, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Otto Schwartz, Göttingen 1959, p. 283 y ss. (hay una muy reciente traducción castellana: Dogmática de los delitos de omisión [trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo], Marcial Pons, Madrid – Barcelona 2006, p. 289 y s.; lamentablemente la traducción no da exacta cuenta del aspecto terminológico).

<sup>33</sup> Sin perjuicio de algunas pocas menciones marginales. Así Carnevali, Raúl: El delito de omisión. En particular, la comisión por omisión, Revista de Derecho (UCN-Coquimbo) N° 9 (2002), 69 (78); Hernández, Héctor: Aproximación a la problemática de la estafa, en AA. VV.: Problemas actuales de derecho penal, Universidad Católica de Temuco, Temuco 2003, p. 166.

punto afianzado en la moderna dogmática de la omisión<sup>34</sup>. Y es evidente que la noción de garante de vigilancia está presente en la legislación chilena, como se desprende, por ejemplo, precisamente en el ámbito de los delitos culposos, de la regulación de la responsabilidad del dueño de animales feroces - fuente de peligro paradigmática - que “por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas” en el inciso segundo del art. 491.

Volviendo al punto, se podrá apreciar que la posición de garante de los órganos directivos de una empresa es la propia de un *garante de vigilancia*. En cuanto tales, los directivos deben velar porque de la fuente de peligro llamada empresa no emanen cursos lesivos para los bienes jurídicos circundantes. Deben velar porque los edificios que construyen respondan a los estándares de seguridad vigentes, porque los productos que fabrican y comercializan no dañen a los consumidores, porque en sus instalaciones no se produzcan emergencias (explosiones, incendios, emanaciones de gases o radicación, etc.) que afecten al entorno o, en fin, porque los pasajeros que transportan sean transportados de un modo seguro, etc. En lo que respecta a la *fuentes* de la posición de garante<sup>35</sup>, será particularmente relevante el papel de la *ley* que regula la respectiva actividad peligrosa.

Ahora bien, sin poner en duda lo anterior, cabe destacar que en muchos casos los directivos de empresa tendrán al mismo tiempo, además, la calidad de *garantes de protección*, específicamente respecto de sus trabajadores<sup>36</sup>. En efecto, aun antes del deber de vigilancia en favor de terceros ajenos que pueden verse afectados por la explotación del giro empresarial, en primera línea pesa sobre la empresa, en su calidad de *empleadora*, el deber de establecer y mantener condiciones seguras de trabajo y de prevenir consecuentemente la ocurrencia de accidentes laborales<sup>37</sup>. En el derecho chileno no es necesario ningún esfuerzo interpretativo para arribar a esta conclusión, a la luz del categórico art. 184 del Código del Trabajo, puesto a la cabeza de las disposiciones generales del Libro II sobre “De la protección a los trabajadores”, cuyos incisos primero y segundo rezan:

---

<sup>34</sup> Valga como ejemplo de su presencia en la literatura española para estudiantes *Díez Ripollés*, José Luis: Derecho penal español. Parte general, en esquemas, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 218 y s.

<sup>35</sup> El planteamiento de Armin *Kaufmann* ha recibido el calificativo de *teoría material* de la posición de garante en oposición a la *teoría formal* clásica, que se tiene hoy por superada en el debate comparado, si bien parece ser que ambas posiciones tratan asuntos diferentes: el planteamiento de *Kaufmann* ilustra sobre las posibles *funciones* del garante pero nada dice sobre las *fuentes* de su calidad de tal, que es lo que intentaba resolver la vilipendiada doctrina formal tradicional.

<sup>36</sup> Que de una misma calidad emanen a la vez tanto deberes de protección como de vigilancia es algo que se reconoce pacíficamente. Así, si bien los padres generalmente serán considerados garantes de protección respecto de sus hijos, bajo ciertas circunstancias serán también garantes de vigilancia en relación con los mismos. Cfr. *Roxin*, AT II, § 32 Rdn. 33 y ss. y 127 y ss.

<sup>37</sup> Entre nosotros, a título ejemplar, lo reconoce abiertamente *Piña*, Juan Ignacio: La imputación de responsabilidad penal en los órganos de la empresa y sus efectos en sede civil, en *Baraona*, Jorge / *Zelaya*, Pedro (editores): La responsabilidad por accidentes del trabajo, Cuadernos de extensión jurídica N° 10, Universidad de los Andes, Santiago 2005, p. 57.

“El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.

“Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica”.

Que de esta disposición, que en rigor expresa un principio general, se desprende el reconocimiento de una posición de garante (de protección) de la empresa respecto de sus trabajadores y que dicho deber incumbe en concreto a quienes ejercen las funciones directivas en el seno de la misma es algo que en Chile no sólo ha reconocido largamente la jurisprudencia laboral, sino que de a poco reconoce también la jurisprudencia penal<sup>38</sup>.

La posición de garante de los órganos directivos de la empresa, en su doble vertiente de protección y de vigilancia, así como su potencial relevancia penal<sup>39</sup> es, pues, indiscutible.

## b) Nuevas tendencias

Sin perjuicio de que se arribe a la misma conclusión, en la actualidad se tiende a admitir un fundamento mucho más directo de los deberes que pesan sobre los órganos directivos de la empresa, conforme al cual dichos deberes de garantía no representan más que la natural *contrapartida del ejercicio de la libertad de emprendimiento*. De acuerdo con una elemental estructura sinalagmática, la libertad de desarrollar todo tipo de actividades económicas, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico (art. 19 N° 21 CPR), implica necesariamente el deber de hacerlo sin lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de terceros<sup>40</sup>.

Esta segunda aproximación prescinde o, al menos, relativiza la estructura omisiva de la responsabilidad del directivo. Si bien se mira, en este caso no se está hablando del cumplimiento de deberes especiales, que requieran una justificación

---

<sup>38</sup> Así la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de enero de 1996 (rol N° 15.466-95). La referencia y la sentencia misma la agradezco a Ricardo *Concha*, alumno del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile. Considérese también la ya citada sentencia de la Corte Suprema de 17 de julio de 1997, Gaceta Jurídica N° 205 (1997), 108 (109 y s.).

<sup>39</sup> Parece confirmarla el art. 69 de la Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 1 de febrero de 1968, cuando regula la indemnización debida en caso que “el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, *sin perjuicio de las acciones criminales que procedan*”.

<sup>40</sup> Así, abundantemente, la literatura especializada, por todos *Frisch*, Problemas fundamentales, p. 110 y ss.

excepcional, sino del simple deber general (“obligación originaria”) que pesa sobre todas las personas por igual de no dañar a terceros en el ejercicio de la propia libertad, esto es, nada más que del respeto del principio jurídico básico del *nemine laedere*<sup>41</sup>. Si esto es así, no es en rigor necesario recurrir a una posición de garante para fundar la responsabilidad del directivo, porque basta con la aplicación de los criterios normales de imputación que rigen en el ámbito de los delitos comisivos.

En efecto, no existe una diferencia material entre manipular un arma de fuego o explotar un establecimiento industrial, en cuanto ambas conductas (en principio totalmente legítimas) son fuentes potenciales de daño para terceros. En ambos casos el deber del sujeto es el mismo y consiste en hacerlo de modo tal que esos daños potenciales no se produzcan. Que los casos se vean diferentes y sugieran un tratamiento distinto no se funda en una diferencia material entre ambas hipótesis, sino que en una diferencia meramente fáctica, consistente en que en el segundo caso se trata de un ejercicio de la propia libertad con características de *permanencia en el tiempo* y de relativa autonomía respecto de la presencia y la actividad física del sujeto, lo que obliga a adecuar los alcances del deber de no dañar a otros a dichas características<sup>42</sup>. Así, racionalmente nadie haría una diferencia en cuanto a la responsabilidad por las muertes producidas entre el sujeto que desde la ventana de su casa le disparara a los transeúntes y el que instalara en la misma ventana un arma de fuego que, activada por un mecanismo automático, disparara hacia la calle cada cierto tiempo, aunque en el momento del disparo concreto no se encontrara en el lugar.

Lo mismo rige, *mutatis mutandi*, en el contexto específico de la empresa. La diferencia, también meramente fáctica, radica en que las posibilidades de control de la fuente de peligro son menores tratándose de organizaciones humanas, lo que, si bien debe necesariamente considerarse en la valoración de la responsabilidad de los directivos, no los exime de importantes deberes. Los directivos de la empresa tienen el deber de *organizarla* y luego, sobre todo, de *gestionarla correctamente*, aspectos que ya fueron abordados sin más en el contexto de la imputación a título de acción, así como de *controlar y vigilar permanentemente* el conjunto de su actividad, de modo que no provoque daños. Si no cumplen con tales deberes, o lo hacen de un modo deficiente, y la producción del resultado lesivo es imputable a dicha infracción, entonces deben responder, también penalmente.

Cuál de estas dos aproximaciones debe preferirse es una cuestión que aquí puede quedar abierta. Lo relevante es que, además de ser en buena medida coincidentes y complementarias, son expresión, como se ha dicho, de un profundo y extendido consenso en cuanto a la indudable existencia de deberes de evitación

---

<sup>41</sup> Al respecto *Jakobs*, La imputación penal de la acción y de la omisión, p. 33 y ss. (versión española: p. 117 y ss.)

<sup>42</sup> *Frisch*, Problemas fundamentales, p. 113 y s., quien, si bien mantiene la distinción formal entre acción y omisión, desde un punto de vista material las equipara completamente.

de resultados lesivos por parte de los directivos de empresa. A los alcances de tales deberes se dedican las líneas siguientes.

### **5.2.2. Contenido del deber de garante: deber de vigilancia y control y sus alcances**

El deber del garante consiste, como se ha dicho, en *vigilar* y *controlar* la fuente de peligro y procurar de ese modo evitar que ésta provoque resultados lesivos. En el caso de los órganos directivos de una empresa, deben vigilar y controlar permanentemente el desarrollo de la actividad empresarial, procurando que éste sea inocuo para terceros.

Entre los aspectos básicos que deben controlarse en toda empresa que genera ciertos riesgos específicos de daño se cuenta, fuera de toda duda, el cumplimiento de las normativas estatales establecidas precisamente para prevenir tales riesgos. La omisión de dicho control y la consecuente tolerancia del funcionamiento defectuoso importan una grave infracción de los deberes de vigilancia que corresponden a los responsables de la actividad.

Desde luego deben considerarse también aquí los *límites generales* reconocidos en materia de responsabilidad por culpa, en particular los que dicen relación con la conducta reprochable de terceras personas, cuestión que resulta especialmente relevante en el contexto de organizaciones en que rigen niveles importantes de *división del trabajo*.

También aquí rige el llamado *principio de confianza*, ampliamente aceptado entre nosotros<sup>43</sup>, conforme al cual los intervinientes en el tráfico jurídico pueden legítimamente confiar en que el resto se comportará de un modo correcto, confianza a la que se le asigna un efecto limitador de los deberes de cuidado y, consecuentemente, de la responsabilidad. Para decirlo con un ejemplo trivial, a la hora de evaluar el cuidado desplegado por el conductor que cruza una esquina con luz verde debe aceptarse que él puede confiar razonablemente en que los conductores que circulan por la calle transversal observarán las reglas del tránsito y se detendrán ante la luz roja, de modo que no se le exige una especial atención en ese sentido. En el caso de una empresa, el principio de confianza importa que el encargado de la misma pueda, entre otros supuestos, confiar en que sus operarios se comportarán correctamente, cumpliendo con todas las normativas que regulan la actividad empresarial.

Con todo, el principio de confianza reconoce *límites* bastante claros. Pacíficamente y sin reservas se admite que el derecho a confiar desaparece, entre otros casos que no atañen al objeto de estos apuntes, cuando resulta evidente que

---

<sup>43</sup> Cury, PG, p. 337 y s.; Garrido, T. II, p. 168; Bustos, El delito culposo, p. 67 y s.; Piña, La imputación, p. 55 y ss.

la conducta del otro *defrauda las expectativas normales*. En otras palabras, el principio de confianza rige sólo en la medida es que es razonable seguir confiando<sup>44</sup>.

Más aún, debe mencionarse la importante tendencia que se observa en el derecho comparado en orden a limitar los efectos del principio de confianza en el ámbito empresarial, en particular en lo que dice relación con la seguridad en el trabajo. En este ámbito se afirma con frecuencia que el principio de confianza derechamente no regiría y, más aún, se ha llegado a sostener la vigencia de un “principio de desconfianza”, pues el *empleador*, por las características especiales del vínculo laboral y por la posición de amplio dominio sobre la fuente de peligro, tendría deberes adicionales respecto de la seguridad de quienes se desempeñan bajo sus órdenes, deberes que se extenderían a las situaciones en las cuales es el propio trabajador el que se pone en una situación de peligro, en el sentido de tener que velar porque éste observe efectivamente las medidas de seguridad establecidas en su propia protección<sup>45</sup>. Si bien es altamente discutible que se pueda hablar en rigor de un “principio de desconfianza”, es significativo que en esta materia se reconozca de modo relativamente pacífico que los deberes de cuidado del empleador respecto de quienes colaboran con su organización no son comparables con los, mucho menos intensos, que rigen entre los partícipes anónimos e impersonales de otros ámbitos de tráfico<sup>46</sup>. De ahí que no pueda, bajo ciertos supuestos, descartarse la calidad de *víctima* del trabajador que contribuye imprudentemente a la lesión de sus propios bienes jurídicos<sup>47</sup>.

Así, el directivo sólo puede confiar en que el trabajador se desempeñará correctamente si ha establecido un sistema idóneo y efectivamente operativo para el control del cumplimiento de la normativa de seguridad vigente y si, además, no hay señales que permitan sospechar un incumplimiento. Si a pesar del sistema de control el trabajador se las arregla para eludirlo, naturalmente no podría sostenerse una infracción de deberes de cuidado por parte de los encargados de la empresa.

---

<sup>44</sup> Sobre esto, *Feijoo Sánchez*, Bernardo: El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED), N° 1 extraordinario (2000), 93 (119 y ss.); también *Cury*, PG, p. 338; *Piña*, La imputación, p. 57.

<sup>45</sup> Éste es un desarrollo muy nítido, por ejemplo, en la jurisprudencia penal española. Al respecto, entre otros, *Corvo y Bidasolo*, Mirentxu: El delito imprudente, 2ª edición, Bdef, Montevideo – Buenos Aires 2005, p. 157; *Terradillos Basoco / Baylos*, Derecho penal del trabajo, p. 113 y s. Críticamente *Feijoo Sánchez*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED), N° 1 extraordinario (2000), 93 (130 y s.).

<sup>46</sup> Así, entre nosotros, *Piña*, La imputación, p. 57, precisamente en virtud de la posición de garante.

<sup>47</sup> Puede verse aquí también un límite al llamado *principio de (auto)responsabilidad*, conforme al cual quien se expone voluntariamente a un riesgo debe soportar las consecuencias del mismo. Al respecto, fundamental, *Schumann*, Heribert: Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1986; recientemente *López*, Claudia: Acciones a propio riesgo: exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006; entre nosotros *Piña*, La imputación, p. 64.

Esto último confirma que la eventual responsabilidad del órgano directivo se funda exclusivamente en el *incumplimiento reprochable de sus deberes propios* de vigilancia, en caso alguno en el simple hecho de haberse producido el resultado lesivo unido a su calidad de directivo. En rigor ningún riesgo puede conjurarse en términos absolutos, de suerte que a nadie puede imponérsele el deber de evitar absolutamente un cierto resultado lesivo: simplemente, a lo imposible nadie está obligado<sup>48</sup>. Lo contrario implicaría el establecimiento de una *responsabilidad objetiva*, en este caso por el cargo, que, como ya se ha dicho, sería incompatible con un derecho penal de culpabilidad como el nuestro.

Si bien se ve, nada de esto es lo que se ha planteado. Nadie propone que se castigue en razón del cargo o por el simple hecho de haberse producido el resultado típico, sino exclusivamente por no haberse cumplido con los deberes que respecto de la prevención de tales resultados impone la posición de dirección en la estructura empresarial. Aquél que cumple con adoptar y mantener las medidas de vigilancia y control a que está obligado no puede ser hecho responsable de ningún modo, con total independencia de la efectiva producción del resultado lesivo. Pero al mismo tiempo, el que no cumple con sus deberes no puede pretender endosarle su responsabilidad al acaso.

El punto es, entonces, cuál es el alcance del deber de vigilancia y control de los diversos órganos directivos de la empresa. Tal como ocurre con la determinación de los alcances del deber de cuidado relevante para la responsabilidad por imprudencia, también la definición en abstracto de estos alcances sólo puede formularse en términos genéricos y relativamente vagos, pues lo “adecuado”, que debería ser la medida de lo “debido”, sólo puede establecerse sectorialmente y en un momento y lugar determinados. En ese contexto, como se reconoce unánimemente, son esenciales tanto las reglamentaciones estatales como las prácticas y estándares reconocidos en la respectiva actividad<sup>49</sup>. En todo caso, cuando no se dispone de orientaciones de este tipo, debe recurrirse a los criterios generales que definen el actuar prudente del hombre medio. El cumplimiento del deber de vigilancia y control del garante se expresa, en consecuencia, en la adopción de un conjunto de *medidas de control* – de un *sistema de control*, en definitiva – acorde con los estándares reconocidos en el giro, si es que éstos existen, y, en todo caso, que permita razonablemente impedir o, al menos, detectar infracciones de un modo tal que sea posible adoptar medidas de corrección. Éste es, ciertamente, el aspecto más arduo de toda la imputación de responsabilidad a los órganos directivos.

---

<sup>48</sup> A propósito de los accidentes laborales Piña, La imputación, p. 68.

<sup>49</sup> Así, por muchos, Frisch, Problemas fundamentales, p. 103 y s.; Piña, La imputación, p. 55.

### 5.2.3. Alcances subjetivos del deber de vigilancia y efectos de la delegación de funciones

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

Todo lo anterior rige sin excepciones tratándose de las relaciones jerárquicas o “verticales”. Algo diferente debe regir, en cambio, para las relaciones de división del trabajo u “horizontales”, porque en general los encargados de labores paralelas no deben responder de lo que hagan o dejen de hacer los que no están sujetos a su control jerárquico. Así, por ejemplo, es dable suponer, al menos en principio, que quien está exclusivamente encargado de la contabilidad de la empresa no tenga responsabilidad alguna en la gestión de la cadena productiva o en la publicidad de la misma, que están a cargo de otros órganos sobre los cuales no tiene poder de dirección, de modo que no tiene deber alguno de garante.

Con todo, conviene destacar que en esta materia, como ocurre en general en el derecho penal, prima *la realidad sobre la apariencia*, de suerte que para la determinación de las esferas de competencia al interior de la empresa la organización formal de la misma – su organigrama y descripción de cargos – constituye sin duda el punto de partida obligado, pero no prejuzga definitivamente al respecto. En último término será decisivo establecer quién ejerce efectivamente funciones de dirección en la empresa y en qué ámbitos<sup>50</sup>. De ahí que, tratándose de delitos comunes, como son los que interesan en el contexto de estos apuntes, no presenta ninguna dificultad la eventual presencia de “administradores de hecho”<sup>51</sup>; éstos serán simplemente responsables en la medida en que ejerzan efectivamente funciones de dirección. Así, por ejemplo, si bien en principio el área comercial de la empresa no tiene injerencia en la gestión de la flota de buses ni del personal

---

<sup>50</sup> Así también *Feijoo Sánchez*, Derecho penal de la empresa, p. 187 y s., con referencias.

<sup>51</sup> Aspecto que sí es problemático en el ámbito de los delitos especiales, especialmente por la problemática del llamado “actuar en lugar de otro”. Al respecto, monográficamente, *Gracia Martín*, Luis: El actuar en lugar de otro en derecho penal, Universidad de Zaragoza, Zaragoza 1985; *El mismo*: Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Bosch, Barcelona 1986; *Silva Sánchez*, Jesús María: El “actuar en lugar de otro” en el nuevo Código penal español, en *El mismo*: Consideraciones sobre la teoría del delito, Ad-Hoc, Buenos Aires 1998, p. 175 y ss.; *García Caverro*, Percy: El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano, ARA, Lima 2003 (véase también *El mismo*: La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, J.M. Bosch, Barcelona 1999).

asignado al mismo, los encargados de dicha área sí pueden tener responsabilidad en lo que ocurre en este último campo si sus decisiones son necesariamente vinculantes en éste.

Al mismo tiempo, puede eximirse de responsabilidad el directivo que *nunca* ha asumido efectivamente funciones de dirección. Porque la posición de garante, en general, no basta por sí sola para fundar responsabilidad penal a título de omisión impropia, sino que se requiere una *efectiva asunción del rol* que funda dicha posición. Nótese, sin embargo, que se trata de casos excepcionales de *absoluta prescindencia* de intervención en la marcha de la empresa, no de una cómoda intervención selectiva, muy activa en cuanto a los beneficios e indiferente en lo que respecta a los deberes. La responsabilidad no admite semejante selección: quien interviene efectivamente con poder de dirección en la marcha del negocio, aunque sólo sea esporádicamente, debe asumir los deberes propios de la dirección, esto es, como se ha dicho, deberes en cuanto a una organización y gestión adecuadas, así como en cuanto a la vigilancia y control del quehacer empresarial. De ahí que la exención de toda responsabilidad suele estar reservada sólo para propietarios que no tienen injerencia de ningún tipo en la marcha concreta del negocio, generalmente accionistas, o bien para socios que nunca han intervenido en el quehacer de la empresa, entre otros pocos casos<sup>52</sup>.

Para evitar posibles malentendidos debe aclararse que no se pretende poner en duda que en empresas de gran tamaño y complejidad, a diferencia de las empresas familiares o muy menores, los órganos superiores sólo ejercen una dirección muy general y con miras al mediano y largo plazo, sin intervención directa en la actividad cotidiana de la empresa<sup>53</sup>. Eso, con ser evidente, no libera *per se* de la responsabilidad, sino sólo a condición de que se den los requisitos de eficacia de una delegación en cascada de responsabilidades particulares<sup>54</sup>, cuestión que se pasa a revisar.

El principal límite de la responsabilidad de un órgano directivo lo constituye probablemente la *delegación de funciones* en el contexto de organizaciones jerarquizadas, cuestión muy vinculada a la lógica del principio de confianza. La delegación de funciones es un mecanismo ciertamente indispensable para que una organización jerárquica pueda funcionar de un modo razonable, en tanto que para que tenga algún sentido práctico es indispensable que produzca efectos limitativos de la responsabilidad. La delegación carecería de toda utilidad si toda la responsabilidad siguiera concentrada en el delegante, de modo que a éste se le debe

---

<sup>52</sup> Sobre todo esto, a propósito del bullado caso del incendio de la discoteca Utopía en el Perú, *García Cavero, Percy*: La posición de garantía del empresario: a propósito del caso Utopía, en *VV. AA.*: Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson - Civitas, Madrid 2005, p. 381 y ss., especialmente p. 396 y ss.

<sup>53</sup> Así, por ejemplo, *Fejoo Sánchez*, Derecho penal de la empresa, p. 160 y ss.

<sup>54</sup> El propio *Fejoo Sánchez*, Derecho penal de la empresa, pp. 194, 200 y ss., reconoce y aprueba la clara tendencia jurisprudencial a imponer nuevos deberes penalmente relevantes (de vigilancia y control, entre otros) a los gobiernos corporativos.

permitir confiar en que el delegado se comportará correctamente, así como que, en caso contrario, será éste quien deba soportar la responsabilidad.

Sin embargo, también a su respecto existen criterios muy definidos en cuanto a los *límites* del traspaso de responsabilidad. Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas coinciden en que la delegación de funciones sólo da lugar a una efectiva “delegación de responsabilidad” cuando reúne ciertos requisitos. Resumiendo los criterios desarrollados al respecto, puede decirse que la delegación limita efectivamente la responsabilidad, en primer lugar, cuando es necesaria, esto es, cuando responde a verdaderas necesidades organizativas. Se requiere, además, que la persona seleccionada para ser delegado cuente con la calificación y con las condiciones necesarias para desempeñar adecuadamente las tareas encomendadas (*idoneidad subjetiva*), con lo cual es del delegante la responsabilidad por la selección del delegado, en la línea de la *culpa in eligendo* del derecho privado<sup>55</sup>. Adicionalmente, se requiere que el delegante ponga a disposición del delegado los medios necesarios, tanto materiales, como de información y personales para el cumplimiento de su cometido (*idoneidad objetiva*). Por último, se requiere la efectiva asunción por parte del delegado de las funciones delegadas<sup>56</sup>.

Con todo, aun bajo estas circunstancias, existe pleno acuerdo en cuanto a que la limitación de la responsabilidad del delegante no puede ser absoluta, pues siempre subsiste para él el deber de mantener una *vigilancia razonable* del desempeño del delegado<sup>57</sup>. Más discutible y discutido es, en cambio, que existan materias indelegables. Un importante sector de la doctrina se inclina por esa restricción, la que, aquí, sin embargo, puede quedar pendiente<sup>58</sup>.

Estos límites responden al consenso básico que impera en la actualidad en cuanto a la necesidad de impedir la llamada “irresponsabilidad organizada”. Para eximirse de responsabilidad no es posible alegar sin más “ignorancia” de lo que ocurría en la empresa, sino sólo una ignorancia no reprochable, esto es, aquella que se produce a pesar del estricto cumplimiento de los deberes propios del garante. Más aún, puede decirse que en este campo la alegación de ignorancia o desinterés crecientemente va pasando de ser un acto de defensa a uno de confesión.

---

<sup>55</sup> Entre nosotros se refiere en general al deber de seleccionar y controlar a los colaboradores *Cury*, PG, p. 338.

<sup>56</sup> Al respecto, con detalle, *Gallego Soler*, José-Ignacio: Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales, en *Estudios de Derecho Judicial* N° 72 (Derecho penal económico), Madrid 2006, p. 100 y ss.; *Lascuráin Sánchez*, Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario, p. 218 y ss.

<sup>57</sup> Así, sobre la doctrina y, especialmente, la jurisprudencia italiana, *Pedrazzi*, Cesare en *Pedrazzi et al.* *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2° ed., Monduzzi, Bologna 2000, p. 78, con referencias.

<sup>58</sup> Al respecto *Tiedemann*, Klaus: *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und AT*, 2. Aufl., Heymanns, Köln – Berlin – München 2007, § 4 Rdn. 239.

Cabe llamar la atención que todos estos criterios han sido desarrollados exclusivamente por la doctrina y la jurisprudencia de los países de nuestra tradición jurídica, en el contexto de regulaciones generales del todo equivalentes a las nuestras, como corolario natural del desarrollo de una dogmática atenta a los fundamentos materiales de la imputación jurídico-penal. En general, en países como España, Italia y Alemania nunca ha parecido necesario reglamentar legislativamente estos criterios ampliamente aceptados. Recién en los últimos años ha surgido el interés por reglamentar estos criterios, con el propósito de favorecer una aplicación uniforme de los mismos con carácter supranacional. En efecto, han sido proyectos de armonización de los ordenamientos penales europeos los que han abordado por primera vez la tarea de consagrar formalmente tales criterios. Así, por ejemplo, el proyecto “Corpus Juris”, encargado por el Parlamento Europeo, en su art. 13.2 dispone lo siguiente:

“Una delegación de poderes y de la responsabilidad penal sólo será válida cuando sea limitada, claramente determinada y especial, conforme a una necesidad de la organización empresarial, y cuando el delegado efectivamente esté en condiciones de cumplir las funciones delegadas. Esta delegación no excluye la responsabilidad penal general por el control, la vigilancia y la selección del personal y no afecta los ámbitos de funciones propios del directivo de una empresa, como la organización general del trabajo en el seno de la misma”<sup>59</sup>.

Por su parte, en términos coincidentes, la iniciativa académica de “Eurodelitos” considera el siguiente art. 15.4:

“La delegación de responsabilidad sólo exime de responsabilidad penal si se refiere a un determinado segmento de la actividad y existe certeza de que el delegado puede realizar eficazmente las tareas y competencias que le han sido transferidas. Lo anterior no modifica ni la responsabilidad por la elección, vigilancia y control, ni la responsabilidad general derivada de la organización”<sup>60</sup>.

#### **5.2.4. Formas de infracción del deber de garante**

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

---

<sup>59</sup> Puede verse en *Delmas-Marty*, Mireille (Hrsg.): *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union* (trad. alemana del original en francés de Yvonne Kleinke y Marc Tully), Heymanns, Köln – Berlin – Bonn - München 1998, p. 43 (original en francés en p. 130).

<sup>60</sup> Puede verse en *Tiedemann*, Klaus (director) / *Nieto Martín*, Adán (coordinador): *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*, Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca 2003, p. 143.

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

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