

RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO
CRIMINAL LIABILITY OF THE BUSINESSMAN
RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPRESÁRIO

*Gabriel Ponce**

Recibido: 08/04/2018
 Aprobado: 13/07/2018

Resumen

El avance de la sociedad exige que el Derecho esté a la par de su desarrollo, y el Derecho Penal no puede ser una excepción. Por este motivo, ya no se limita al estudio de los delitos tradicionales, sino que se ha extendido a estudiar los delitos relacionados con la actividad empresarial y la responsabilidad de los empresarios.

Con la *teoría de la imputación objetiva*, la solución al problema de la criminalidad empresarial empieza a tomar forma bajo principios como el deber objetivo de cuidado o el de confianza, que justifican su aplicación contra el actuar ilícito del empresario, donde las tesis de la autoría y participación buscan un espacio fuera de las teorías clásicas para calar dentro de la estructura empresarial y sancionar a los responsables de los hechos ilícitos cometidos a través de la empresa.

Uno de los mecanismos para prevención de delitos, y que llega a ser una exigencia para la sociedad actual, es la aplicación de las normas de *compliance*, que buscan la auto regulación de la compañía, mediante la aplicación de sus propias sanciones contra quienes actúen fuera del marco legal; y/o, para facilitar la identificación de los responsables de conductas ilícitas realizadas a través de la empresa, un procedimiento que va de la mano con la teoría de la imputación objetiva.

Palabras clave: Derecho Penal; Empresas; Imputación objetiva; Autoría y participación; *Compliance*; Responsabilidad empresarial

Summary

The advance of society requires that the law be at the stage of its development, and criminal law cannot be an exception. For this reason, it is no longer limited to the study of traditional felonies but has been extended to study felonies related to business activity and the responsibility of businessmen.

With the *objective imputation theory*, the solution to the problem of business felonies begins to take shape under principles such as the objective duty of care or trust, which justify its application against the unlawful act of the businessman, where the thesis of authorship and participation seek a space outside the classical theories to penetrate within the business structure and sanction those liabilities for the unlawful acts committed through a corporation.

One of the mechanisms for felonies prevention, which becomes a requirement for today's society, is the application of *compliance* rules, which seek the self-regulation of the corporation, by applying its own sanctions against those who act outside of the legal framework; and / or, to facilitate the identification of those responsible for unlawful conducts carried out through the corporation, a procedure that goes together with the theory of objective imputation.

Key words: Criminal Law; Business; Objective imputation; Authorship and participation; *Compliance*; Corporate responsibility

Resumo

O avance da sociedade exige que o Direito esteja ao lado do seu desenvolvimento, e o Direito Penal não pode ser uma exceção. Por este motivo, já não se limita o estudo dos delitos tradicionais, mas, este se estende a estudar os delitos relacionados com a atividade empresarial e a responsabilidade dos empresários.

Com a *teoría da imputação objetiva*, a solução ao problema da criminalidade empresarial começa a criar forma por meio de princípios como o dever objetivo de cuidado ou o de confiança, que justificam sua atuação contra a conduta ilícita do empresário, onde as teses de autoria e participação buscam um espaço fora das teorías clássicas para se encaixa

* Abogado por la Universidad de las Américas, especialista superior en derecho procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, candidato a Máster en derecho penal por la Universidad Santo Tomas de Colombia. Contacto: gponceh@lexadvisorecuador.com

dentro da estrutura empresarial e sancionar aos responsáveis por condutas ilícitas cometidas através da empresa.

Um dos mecanismos para a prevenção de delitos, e que chega a ser uma exigência para a sociedade atual, é a aplicação de normas de *compliance*, que buscam a auto regulação da companhia, por meio da aplicação de suas próprias sanções contra quem atue fora do marco legal: e/ou, para facilitar a

identificação dos responsáveis por condutas ilícitas realizadas através da empresa, um procedimento que se harmoniza com a teoria da imputação objetiva.

Palavras chave: Direito Penal; Empresas; Imputação objetiva; Autoria e participação; *Compliance*; Responsabilidade empresarial

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO, EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y SU PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Concepto de empresa y empresario

La empresa es "... una organización jurídica y una actividad económica dirigida profesionalmente para la debida utilización de los factores de producción con el fin de obtener una ganancia o utilidad" (Valdez 2015, 36). La Real Academia de la Lengua entiende por empresario al "Titular propietario o directivo de una industria, negocio o empresa".

Entonces, empresario es todo titular de una empresa. Este concepto se hace extensivo a los socios o accionistas, así como a los directores de la empresa. Pero una persona que actúa en nombre del empresario, en representación suya o por su dirección, no es empresario.

Desde la perspectiva penal, la conducta empresarial es un acto cometido a nombre y beneficio de la empresa, del que deviene un resultado prohibido por la ley, que es producto de una acción u omisión. La acción consiste en "un hacer... con el que el agente está en condiciones de provocar un suceso" (Luzón Peña 2016, 245); mientras que la omisión "... consiste en un no hacer desvalorado" (Gimbernat 2013, 2); de modo que esa omisión es contraria a derecho y, por lo tanto, es sancionable.

Esta conducta, para que sea empresarial, debe provenir de una orden del empresario, por políticas institucionales establecidas por él mismo para cumplimiento del rol empresarial, ejecutado por él o por sus subordinados.

Por tanto, el ejercicio de una actividad *empresarial* tiene que ser reconocido también como una mani-

festación típica -y, además, de gran importancia y trascendencia- del Derecho penal moderno" (Gracia 2011, 44 y 45).

Modalidades de la conducta penal

La legislación penal ecuatoriana reconoce las dos modalidades de culpabilidad: el dolo o culpa, que se encuentran en la acción u omisión; es decir, en el hecho que provoca el resultado típico y en el juicio subjetivo en cuanto a si el autor pudo haber actuado en forma distinta a la realizada, para aminorar la pena, no imputar ninguna responsabilidad por falta de culpabilidad o imponer la sanción por haber actuado a sabiendas de la ilicitud de su conducta.

El artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal refiere que la omisión puede ser dolosa cuando la persona a quien se ha encargado el cuidado específico de cierto bien jurídico, omite deliberadamente impedir el resultado que la ley prohíbe sobre el titular de dicho bien.

Cuando la ley otorga este encargo a una persona, la sitúa en posición de garante sobre un determinado bien jurídico y, en consecuencia, se le encarga el cuidado especial de que dicho bien no sea vulnerado de ninguna manera.

Por *bien jurídico* debemos entender el interés especial sujeto a protección por el ordenamiento jurídico, que parte de la Constitución y atraviesa transversalmente todo el ordenamiento hasta llegar al derecho penal, que es la *ultima ratio* del sistema jurídico interno de cada país; es decir, que se aplica cuando ninguna de las

anteriores ramas fue oportunamente adecuada para solventar el conflicto.

En el citado artículo, el legislador ecuatoriano definió que la persona asume la condición de garante sobre los bienes jurídicos: vida, salud, libertad e integridad personal, cuando la ley le impone esa obligación. Por ej., el médico que debe atender a un paciente en estado de emergencia, conforme se desprende del artículo 218 del Código Orgánico Integral Penal, por responsabilidad contractual; así como cuando un empresario deber asumir la responsabilidad frente a terceros a

quienes, por la mala calidad de su producto lanzado al mercado, causó daños en la salud de los consumidores.

La determinación de la responsabilidad penal del empresario se ha vuelto una necesidad imperante en el mundo actual, donde los riesgos son permanentes y el marco regulatorio muchas veces es insuficiente para repelerlos; de forma que el sistema dogmático de la imputación objetiva ha constituido un mecanismo idóneo que permite, con sus fórmulas, responsabilizar al empresario por las conductas generadas por él, en el desarrollo de sus actividades corporativas.

IMPUTACIÓN OBJETIVA

La imputación objetiva es una restructuración de la teoría del delito, que se ha ido creando en base a estructuras filosóficas que sustentaron su necesidad ante los abusos del Estado contra el ser humano. Su contenido ideal fue siempre la protección de la persona humana frente a las arbitrariedades del gobierno de turno, sea un Estado republicano o una monarquía encabezada por el Rey o monarca.

Sin embargo, la imputación objetiva se distancia de las estructuras filosóficas y toma cuerpo mediante teorías sociológicas funcionalistas de la mano de pensadores como Durkheim, Parsons y Luhmann, con quienes el Derecho Penal plantea la necesidad de proteger la estructura social sobre la protección del ser humano; de suerte que, mediante estas nuevas concepciones, la función que asume esta rama jurídica es la custodia de los intereses sociales y su correcto funcionamiento a costa del humanismo que caracterizó a esta materia.

Al ser el derecho penal una ciencia que parte en el comportamiento humano y de los resultados que surgen de este, a través de los tiempos se ha reconocido que, entre este primer elemento y el segundo (sus resultados), debe existir un nexo que los ligue para que, entre ambos, exista una relación de causalidad o *nexo causal*.

Al principio, al nexo causal se lo abarcaba bajo la teoría de la equivalencia de las condiciones, que consideraba que causa es “toda condición del resultado concreto, y todas las condiciones deben considerarse equivalentes, no solo en el sentido causal, sino también en el sentido jurídico. En suma: toda condición debe ser tenida

como causa del resultado” (Jiménez de Azúa 2005, 224).

Esta teoría resultó ser muy extensa, porque no encontró un límite final a la causa que provocó el resultado, de forma que toda causa es causa de un resultado, razón por la cual, “... la serie causal es indefinida, un retroceso (o un avance) al infinito será siempre posible con esta teoría ...” (Fernández Carrasquilla 2011, 155).

Mas, dada la imposibilidad de determinar la causa adecuada de la producción del resultado mediante la referida teoría, se limitó su alcance por medio de la teoría de la *causalidad adecuada*, la cual convino que “no cualquier *conditio sine qua non* es causal para el derecho penal, sino sólo la que es apta para producirlo en la generalidad de los casos, “adecuada” a las reglas ordinarias de la experiencia, al modo “normal” de suceder las cosas en el mundo humano ...” (Fernández Carraquilla 2011, 158 y 159).

Claus Roxin, sobre este mismo punto coincide en señalar que “sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que solo por causalidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes” (Roxin 2008, 359). Consecuentemente, la teoría de la adecuación permite imputar correctamente al autor de un hecho sobre la base de la relación causal hecho–resultado, por medio de la aplicación restringida de la teoría de la *equivalencia de las condiciones*.

A raíz de esta realidad fáctico–jurídica, se postula la teoría de la *imputación objetiva*, que es una relación

de causalidad determinada por un nexo causal entre un hecho prohibido por la ley y el resultado sancionable por esta, que se ha elaborado en base a principios enfocados en reconocer la existencia de las sociedades de peligro y, en consecuencia, el deber que tenemos los ciudadanos de conducirnos con los cuidados necesarios para impedir el incremento de riesgos no autorizados, con cuyo incumplimiento se provoca la reacción del derecho penal.

La teoría de la imputación objetiva tiene algunos representantes con distintas fórmulas de interés para la materia, y citaremos a los más destacados. Así, el Profesor Günter Jakobs, cuya postura es denominada *normativismo radical*, ha introducido en el debate otros principios que deben ser considerados, como el principio de confianza o el cumplimiento del rol, por ser complementarios en la aplicación de esta corriente.

Estos principios son:

- a) Riesgo no permitido
- b) Deber objetivo de cuidado
- c) Deber subjetivo de cuidado
- d) La posición de garante
- e) Principio de confianza
- f) Cumplimiento del rol

a.- Riesgo no permitido

Bajo el esquema de la imputación objetiva, la creación del riesgo no permitido surge de la previsibilidad objetiva de la acción del autor; es decir, la acción iniciada debe ser adecuada para provocar el resultado prohibido, que ex ante debió haber sido previsible.

Y, al ser previsible un posible resultado, existe de antemano cierto riesgo que hay que prevenir para que no se llegue a materializar. Como consecuencia, el autor debe tener mucha prudencia a fin de que no se incremente ese peligro; porque, de no actuar así a sabiendas de lo que puede llegar a suceder, existirá un riesgo no permitido por el cual se le puede sancionar con la pena que corresponde a la conducta proscrita.

Si, a pesar de los cuidados que ponga el autor en la evitación del resultado típico, consciente del riesgo que conlleva su actuar, de manera que impida por

todos los medios el incremento del peligro no autorizado, el hecho llega a consumarse; este resultado no debería constituir delito, porque se entendería que el hecho sucedió por alguna circunstancia de la causalidad y que el agente, en su actuar, no incrementó el contingente previsto. Como consecuencia, no puede haber atribución de ninguna responsabilidad por falta de creación de la amenaza observada.

Y, cuando la producción del evento no querido fuera imprevisible; es decir, que el autor objetivamente no podía prever el riesgo surgido y el desenlace no deseado, el hecho es, de nuevo, consecuencia de la causalidad. En este sentido, Luzón Peña señala que “Si la producción del resultado concreto era objetivamente imprevisible y, pese a todo, la acción acaba causando el resultado, este no se imputa a la acción porque no era precisamente suya, sino fruto del azar” (Luzón-Peña 2016, 203)

El riesgo no permitido, por tanto, debe ser observado en cada caso particular, de suerte que se valore la situación del autor en el momento dado para poder determinar si otra persona en su misma situación y con sus mismos conocimientos hubiera o no actuado de la misma forma como lo hizo. Así, en un caso dado, se podrá llegar a entender que, según el estudio correspondiente, hubo un mínimo suficiente de peligrosidad, con la que volvió típica la conducta del autor.

Por ej., en el caso ecuatoriano, el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal sanciona la muerte por mala práctica profesional culpable, cuando se ha producido por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Para aplicación de aquella calificación de la conducta *mala práctica profesional*, la doctrina hubiera podido solventar sin problema la calificación de innecesario y peligroso, sin tener que recurrir además al calificativo de ilegítimo, que además es subjetivo, porque no hay una regulación legal que indique cuándo o cómo entender un acto profesional como ilegítimo.

Sin embargo, los términos innecesario y peligroso parecen redundantes, porque ambos reportan el mismo incremento del riesgo prohibido; de

manera que, si el legislador se hubiera ceñido al vocabulario usado en esta materia, no existirían problemas de interpretación, ni tampoco la Corte Nacional de Justicia habría expedido resolución N.º 01-2014, publicada en el Registro Oficial, Suplemento N.º 264 de 15 de mayo de 2014, que no aportó en nada a la aclaración de las dudas surgidas.

Para adecuar correctamente el riesgo prohibido, es necesario recurrir al estudio del deber objetivo de cuidado, que es el tema que sigue a continuación este ensayo.

b.- Deber objetivo de cuidado

Como queda dicho, el concepto de cuidado objetivo es cercano al de creación de riesgo no permitido, dado que ambos son complementarios, y no podrían subsistir el uno sin el otro.

El cuidado objetivo debe ser entendido como “deberes de atención y diligencia en el correspondiente ámbito de la relación social o en el desempeño de ciertos roles sociales, consistente en una ‘conducta modelo’ de prudencia y cautela que se orienta a prevenir algunas consecuencias socialmente indeseables de toda acción riesgosa, es decir, a proteger los bienes jurídicos fundamentales ya no solamente contra ataques intencionales o dolosos, sino contra daños innecesarios o evitables que puedan provenir de una conducta desatenta o imprudente ...” (Fernández Carrasquilla 2001, 446 y 447).

El mundo moderno ha llevado a la civilización a un sinnúmero de actividades consideradas de riesgo, que son necesarias para nuestra subsistencia y desenvolvimiento. Los Estados han considerado prudente establecer normas de convivencia pacífica para coexistir con esos riesgos, dentro de márgenes de seguridad tolerables que impiden afectar a intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento legal.

El deber objetivo de cuidado es el cumplimiento de las normas de conducta que regulan actividades peligrosas, que “están sustancialmente contenidas en *normas escritas extrapenales*, concretamente en leyes o reglamentos (reguladores p. ej. de la circulación rodada, de la fabricación, transporte o alma-

cenamiento, de sustancias inflamables, de la elaboración o distribución de alimentos o de fármacos, etc.), pero en otros muchos ámbitos e incluso en algunos supuestos de los ámbitos reglamentados son simplemente *normas no escritas* de la común experiencia humana, o de la práctica científica o técnica (como las reglas de la llamada *les artis* en la medicina o la cirugía), sobre el cuidado, diligencia o prudencia requeridos en una actividad más o menos peligrosa” (Luzón Peña 2016, 283).

El mismo artículo 146 comentado, también contiene los parámetros del deber objetivo de cuidado, y se limita a la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión u oficio.

Sin embargo, el cuidado objetivo no se limita a la observancia de las normas de previsión y cautela escritas, sino que también hay cuidado objetivo en su inobservancia e incumplimiento; según la situación concreta. Como señala Roxin, “Ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello de la posibilidad de imputación si el autor modifica el curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción” (Roxin 2008, 365). Esta tesis significa que es posible inobservar las normas de cuidado cuando la persona que está en situación de peligro, ante el incremento del nuevo riesgo, mejora su situación como víctima.

c.- Deber subjetivo de cuidado

El deber subjetivo de cuidado consiste en la previsibilidad del hecho, la capacidad de evitación y la formación profesional. Estos conceptos se contemplan en nuestro Código como parte del deber objetivo de cuidado, un tratamiento que es incorrecto; pues, como lo establece el mismo artículo 146 del COIP, “la mera producción del resultado no configura la infracción al deber objetivo de cuidado”. Tal puntualización es importante, en vista de que “*la infracción al deber objetivo de cuidado debe ser tanto objetiva como subjetiva, pues se requiere no solo que el autor cree un riesgo para el bien jurídico protegido, sino que también conozca o pueda conocer las condiciones o circunstancias en que actúa*” (Velásquez 2017, 440).

El deber subjetivo de cuidado, es la capacidad de observar y evitar el resultado no deseado o prever que, con la conducta, el resultado podría llegar a producirse. Mirentxu Corcoy Bidasolo señala que “en particular, en los delitos imprudentes, la previsibilidad del resultado determina el ámbito que ha de abarcar el deber objetivo de cuidado; la infracción del deber objetivo de cuidado se discutirá en relación, únicamente, con el reconocible riesgo de realización típica; ello será, aún más relevante, en aquellos ámbito de actividad en los que falta una regulación positiva de las reglas generales de cuidado – reglas técnicas-, ya que, en tal caso, el ámbito del deber de cuidado se determinará exclusivamente atendiendo a la previsibilidad” (Corcoy 2013, 209). Dentro de la previsibilidad, es evidente que se debe contar con el grado de formación profesional del actor, a fin de poder determinar en qué medida le era exigible al profesional una conducta determinada.

No hay violación al deber objetivo de cuidado si el agente, tras ver que era probable la producción del resultado no deseado y haber hecho todos los esfuerzos posibles dentro de su capacidad para evitar su realización, el resultado se produjo. Es lógico que aquí no puede haber infracción; ya que, objetivamente, el sujeto hizo todo lo necesario para impedir el resultado típico en base a su conocimiento y capacidad;

Subjetivamente, el actor cumplió todos los parámetros necesarios según sus conocimientos técnicos, que le permitían medir la previsibilidad del resultado y los posibles mecanismos para evitar su realización; luego no puede haber una violación al deber objetivo de cuidado.

Es decir, el deber objetivo de cuidado está muy cercano al deber subjetivo de cuidado y viceversa, al punto de que ambos son dependientes entre sí, aunque no pueden ser confundidos bajo un mismo concepto, por ser diferentes en su forma y en su contenido.

La preparación profesional es otra de las características del deber de cuidado y una de las formalidades que el Código Ecuatoriano obliga a atender, al igual que la doctrina dominante para determinar si una conducta es o no imprudente; por lo mismo,

mientras más capacitado es el profesional mayor es la exigencia que se le debe requerir. Así pues, “deben tenerse en cuenta, en este juicio objetivo, los conocimientos y facultades individuales del sujeto, así como las circunstancias en las que actuó (si era, por ej., un bueno o mal cirujano, si era una operación de urgencia, etc.)” (Muñoz Conde 2004, 57).

En el caso de Ecuador, no se ha presentado ninguna resolución judicial sobre la materia de imputación objetiva en contra de un empresario. Por este motivo, para justificar la aplicación del deber objetivo y subjetivo de cuidado, me remito al caso de la aerolínea LAPA S.A., sucedido en Argentina, que sirve de ejemplo para demostrar su aplicación en el ámbito empresarial:

“el 31 de agosto de 1999, en el Aeroparque Metropolitano Jorge Newbery, una aeronave de la firma LAPA S.A., conducido por un piloto que registraba pésimos antecedentes, no alcanzó a despegar, continuando la carrera sin control, envistiendo varios obstáculos, sobrepasando los límites del Aeroparque Metropolitano e impactando finalmente contra un terraplén en el predio de la Asociación Argentina de Golf generando el fallecimiento de gran cantidad de personas, numerosos heridos y cuantiosos daños materiales” (Cúneo Libarona 2011, 139).

Este caso es importante, pues permite observar cómo se aplica el deber objetivo y subjetivo de cuidado. En cuanto al deber objetivo de cuidado, el empresario encargado de la designación de pilotos de la empresa, al saber que el capitán que fue ascendido a esa categoría que le autorizaba comandar la aeronave, actividad profesional que por sí representa un riesgo permitido, no cumplía con las normas de cuidado necesarias para ocupar ese cargo, claramente debió prever objetivamente que su falta de capacitación para pilotear el avión, podría conllevar un resultado fatídico como el ocurrido.

Entonces, la decisión del empresario de dar el ascenso al nombrado capitán para que pueda comandar los aviones de la empresa, aumentó el riesgo propio de la actividad empresarial, y lo llevó a límites no autorizados, de modo que se generó un peligro prohibido por el derecho penal.

Desde el punto de vista del deber subjetivo de cuidado, es evidente que el empresario, al ser también un piloto y saber, por su negocio, que los parámetros de precaución debían ser más estrictos; conocía que dicho piloto no estaba en condición adecuada para ser ascendido, por cuanto no cumplía con los requisitos de seguridad exigidos por las normas correspondientes y, aun así, lo promovió al cargo señalado. Por consiguiente, violentó el deber subjetivo de cuidado, que debió cumplir para no ocasionar un riesgo no autorizado con consecuencias penales para él y para todos quienes cumplían una función decisoria en la designación de ascensos a pilotos de la compañía. El cumplimiento del rol de cada sujeto en el ordenamiento orgánico de la empresa, y sus consecuencias por falta de inobservancia de las normas de cuidado, serán brevemente revisados en el apartado correspondiente, al igual que la posición de garante que las personas pueden tener ante situaciones determinadas.

d.- La posición de garante

Existe posición de garante cuando “... en los delitos de omisión impropia el autor, a través de su omisión, causa el resultado previsto en el tipo penal, y está en una posición de evitar la entrada de ese resultado ...” (Donna 2010, 260).

Entonces, la omisión impropia acontece cuando a una persona, la ley o un contrato, como lo señala el Código Orgánico Integral Penal, le impone una situación especial de cuidado sobre cierto bien jurídico que puede ser la vida, la salud o la integridad personal de un sujeto determinado.

En consecuencia, la persona que asume esa responsabilidad es garante de aquellos bienes y, si sucede un resultado sancionado por la ley penal como consecuencia de la falta de acción del garante, entonces se dice que hay *delito de omisión impropia*, que es la terminología comúnmente utilizada en la doctrina penal; mas, para el Código Orgánico Integral Penal es, simplemente, *omisión dolosa*.

De lo expuesto y por exclusión, no cabe delito de omisión dolosa por conductas culposas, aun cuando pueda existir un resultado típico por mera inobservancia o descuido de la persona a cargo de quien se encontraba al cuidado del bien jurídico

sometido a su protección, sin que la ley penal pueda reprimir esa negligencia.

En virtud del análisis precedente se colige que los delitos de omisión dolosa son aquellos “en que el autor sólo puede ser quien se encuentra dentro de un limitado círculo que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo” (Zaffaroni 2002, 452). En otros términos, “estos delitos ... se configuran cuando existe un mandato que obliga a una persona determinada –identificada como garante– a conjurar o evitar un resultado lesivo y su omisión equivale a realización del tipo penal de acción” (Cúneo Libarona 2011, 35-36). Por este motivo, Raúl Zaffaroni dice que “sólo pueden ser autores de conductas típicas de omisión impropia quienes se hallen en posición de garante, es decir, es una posición tal respecto del sujeto pasivo que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado” (Zaffaroni 2002, 453).

El artículo 13 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, actualmente derogado por el artículo 218 del Código Orgánico Integral Penal, tenía como sujeto activo al responsable de un Centro Médico, cuando no se atendía a un paciente que se presentaba en estado de emergencia.

La justicia ecuatoriana, ante un caso concreto relacionado con un importante centro médico de la ciudad de Quito, declaró que su Representante legal era culpable por “conducta omisiva -comisión por omisión- pese a tener el deber de actuar como garante -responsable de un centro de salud... (Amparo al paciente en estado de emergencia 2014)¹ y, por tal concepto, le impuso la pena de doce meses de prisión, decisión que fue ratificada el 10 de nov. de 2014 en sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

e.- Principio de confianza

El principio de confianza es un concepto ideado por Günther Jakobs; para quien “... significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza confiar -en una medida aún por determinar- en su comportamiento

correcto (entendiéndolo no como suceso síquico, sino como *estar permitido confiar...*” (Gunther1997, 253).

El principio de confianza debe ser aceptado para fijar de responsabilidades en el ámbito empresarial, porque allí, en base a la delegación de funciones, entrará en rigor esa confianza que deberá existir entre los altos ejecutivos con los mandos medios y entre estos y los demás subordinados. La razón es que cada quien espera que el otro cumpla el rol que le compete realizar dentro del contorno empresarial y, cuando se dé un acto ilícito, la responsabilidad recaerá en la persona que violó ese principio de confianza y, por tanto, faltó al cumplimiento de su función dentro de la estructura empresarial. Este no puede ser entendido sin el *cumplimiento del rol* que cada persona debe realizar, luego es importante que se revise este otro principio en el siguiente acápite.

f.- Cumplimiento del rol

Como último punto relacionado con los principios de la imputación objetiva, nos referiremos al cumplimiento del rol que cada persona debe desarrollar en el ejercicio de sus actividades.

La nueva concepción de la dogmática penal empresarial impone al sujeto una condición de protección basada en aquella obligación legal o contractual que lo obliga al cuidado de la vida, salud, libertad e integridad personal de los titulares de bienes jurídicos, por ej. de los consumidores; de manera que la ley ha encargado al empresario una protección especial que debe realizar para no incurrir en infracciones penales.

La realidad de la criminalidad empresarial es difícil de tratar, debido a las complejas estructuras societarias que impiden la punibilidad de los empresarios denominados hombres de atrás, que son quienes controlan el devenir diario de las sociedades; de suerte que dejan a los operarios u empleados expuestos a recibir la sanción penal, por los ilícitos ocasionados en el ejercicio de las tareas corporativas.

Jesús María Silva Sánchez coincide en que, “ante estas estructuras organizativas más complejas, la

atribución de responsabilidad penal también se convierte en una tarea más complicada. Así, del mismo modo en que el poder de gestión y de decisión deja de ser una función exclusiva del empresario o administrador de la empresa, también la responsabilidad por los posibles delitos que surjan de la actividad empresarial puede ser atribuible a diversos sujetos. Y es que, en esta clase de estructuras empresariales, principios como el de división del trabajo, además de asegurar la eficacia global de la empresa, pueden dificultar la atribución de responsabilidad penal individual...” (Silva Sánchez 2016, 93).

Las empresas deben tener una estructura con definición exacta de las funciones o cargos que cada uno de sus empleados debe realizar dentro de su ámbito de competencia y control, de forma tal que, al momento en que este sale de su rol interno, la empresa podrá imponer la sanción que le corresponda. Y, cuando se trata de un hecho de connotación penal, la defensa del empresario podrá basarse en la violación al principio de confianza, porque él confió en que sus empleados cumplieran cada una de las competencias que se les asigna en la estructura orgánica y la violación de este principio determinará la responsabilidad penal exclusiva del funcionario que faltó a la confianza depositada en él por el empresario. Por ende, una estructura con definición de cumplimiento de funciones es necesaria, a fin de evitar una responsabilidad en cadena o en cascada desde abajo hacia arriba, que pudiera llegar incluso a las más altas esferas ejecutivas de la compañía.

La sociedad actual demanda un cambio de estructura en la teoría del delito, para que sea posible observar conductas típicas de los empresarios y sancionarlas conforme demandan las necesidades sociales. En este sentido, Enrique Peñaranda Ramos manifiesta que “... la conducta de aquel que, siendo el último en actuar, provoca inmediatamente la lesión o la puesta en peligro de algún bien jurídico-penalmente protegido no es, por lo tanto, la única que tiene interés para el Derecho Penal y tampoco es necesariamente la más relevante. Al contrario: en muchas ocasiones adquieren una mayor importancia (o, incluso, una importancia exclusiva) otros comportamientos más alejados de aquella lesión o puesta en peligro, que pueden

haber consistido en tomar la decisión determinante del hecho, en ordenar su ejecución o, simplemente, en no haber adoptado las medidas necesarias para impedir la realización del delito” (Peñaranda Ramos 2016, 237).

Como queda dicho, esta nueva exigencia social demanda cambios en la teoría del delito, y uno de los aspectos más relevantes para hacerlo es desde la concepción del autor, y por tanto desde la teoría de la autoría y la participación.

PARTICIPACIÓN CRIMINAL DEL EMPRESARIO EN DELITOS CORPORATIVOS

Cuando hablamos de organización empresarial, entendemos que esta puede estar estructurada vertical u horizontalmente.

La primera manera “... da cuenta de las relaciones de mando que tienen los presidentes, directores, gerentes o encargados con sus empleados, entre quienes existe una relación de subordinación” (Libarona 2011, 14); esta forma de organización está dada dentro del marco de la estructura más usual de conformación de empresas, donde se encuentra claramente diferenciada la relación entre jefes y empleados: los jefes delegan funciones a sus subordinados para que estos las cumplan en la forma dispuesta.

La segunda forma de organización conocida, es la de plano horizontal, en donde se desenvuelven “... las relaciones laborales existentes entre “pares” o “colegas” que gozan de una misma escala jerárquica y que suelen compartir tareas de similar importancia” (Libarona 2011, 16). En esta estructura no existe la relación de subordinación que hay en la forma vertical.

Por esa misma razón, las estructuras verticales son más difíciles de penetrar que las horizontales, y su complejidad varía también según su tamaño y niveles de delegación entre el jefe de la corporación y los subordinados.

En una empresa vertical puede existir una Junta de socios o accionistas; gerentes o ejecutivos; jefes delegados por departamentos y, debajo de ellos, los empleados que ejecutan las órdenes emanadas de sus superiores. Según el estatuto de cada empresa, es la Junta la que generalmente adopta las decisiones y las políticas de la administración, de manera que, en materia de autoría, el dominio del hecho podría estar allí dentro, y son sus integrantes los autores mediatos de los delitos realizados a nombre o por medio de la compañía.

Autores como Roxin o Feijoo Sánchez están envueltos en discusiones relativas a cómo sancionar a los altos directivos de las empresas. Roxin indica que su teoría del dominio del hecho no fue elaborada para resolver problemas de criminalidad empresarial sino para delitos de estructuras organizadas de poder compuestas desde el Estado o paraestatales, de suerte que su aclaración ha obligado a pensar en nuevas maneras de determinación de formas de autoría y participación.

Lo que queda claro, en este debate, es que lo plausible es no partir desde el obrero o empleado ejecutor de la orden, porque este tiene una capacidad de decisión limitada y muchas veces ni siquiera conoce los alcances legales de sus actuaciones; sino desde los directivos o administradores de la empresa hacia abajo: mandos medios, encargados y empleados. En este sentido, la jurisprudencia española en “sentencia de 29 de julio de 2002, dice que “cuando se trata de delitos cometidos a través de una persona jurídica... la verdadera responsabilidad no está en la base sino en el vértice que tiene capacidad de decisión” (Peñaranda Ramos 2016, 240).

El criterio jurisprudencia español es coincidente. Por ej., la *sentencia de 25 de oct. de 2002* también ratifica que “La organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico-penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima” (Peñaranda Ramos 2016, 241).

Este modelo de configuración de autoría y participación de arriba abajo (*top-down model*) es evidentemente distinto al utilizado en la delincuencia común, donde no es necesario aplicar estas nuevas construcciones

teóricas. La intención del *modelo de arriba abajo* a criterio de Kuhlen, "... implica el punto de vista referido a la organización, centra su atención en las personas que dentro de la misma son responsables de la toma de decisión. Permite que se haga responder a todo aquél que, por razón de su posición en la empresa, sea competente y está en situación de garantizar la observancia por parte de la misma del cuidado exigido" (Feijoo Sánchez 2008, 7).

Existen críticas al respecto, no sobre la inviabilidad de estas nuevas posturas doctrinales, sino acerca de que la realidad empresarial-societaria, al menos en estructuras muy complejas, se torna difícil la determinación de la individualidad de quienes adoptan decisiones y de quienes las ejecutan.

Si parafraseamos a Feijoo Sánchez, las grandes empresas que son potencialmente peligrosas para bienes jurídicos básicos, la información que se comparte en su interior es tan divulgada entre varias personas, que es difícil que todos quienes comparten esa información puedan considerar el mismo nivel de riesgo sobre la actividad empresarial; el mecanismo de funcionamiento de la estructura social es tan global que difícilmente se puede llegar a identificar al autor o al responsable de determinada gestión empresarial causante de daños sancionables penalmente" (Feijoo Sánchez 2008, 5).

Entiendo que, a criterio de Feijoo Sánchez, el nuevo modelo propuesto no es adecuado para dar solución a todos los problemas que se pueden plantear. Por esta razón, el mismo autor en su libro *Derecho Penal de la Empresa*, págs. 155 y ss. (157 y ss.), citado por Enrique Peñaranda Ramos en su artículo publicado en el libro sobre *Fraude a Consumidores y Derecho Penal*, señala que "pueden ser útiles en determinados casos vinculados a empresas no demasiado grandes, pero desde luego no resuelven mágicamente los problemas".

La observación de Feijoo Sánchez es muy válida, si se considera que, en construcciones societarias complejas, muchas veces los órganos superiores únicamente cumplen con disponer las políticas de dirección general, mientras que los mandos medios son quienes tiene la dirección empresarial del día a día, por lo que el *modelo de arriba abajo* propuesto no sería efectivo ante estructuras empresariales de estas características.

El mismo autor opina que se debe establecer un sistema normativo que permita fijar la responsabilidad penal del "hombre de atrás" por las gestiones practicadas por "el hombre de adelante", en virtud del dominio de la organización. Esta postura es diferente a la teoría del dominio del hecho, que reconoce como autor a quien tiene el control del hecho ilícito, de forma que se lo puede declarar como una acción suya *propia*.

Bajo esta concepción propuesta por Feijoo Sánchez, se puede decir que "el hombre de atrás", autor mediato, tiene el dominio efectivo del hecho, porque cuenta con el poder suficiente para controlar los destinos dispuestos al autor directo del acto ilícito; sea por mandato de acción o por una omisión deliberada, que permite el resultado típico en beneficio para la empresa o el empresario.

De acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, la coautoría demanda que todos los intervinientes participen en la ejecución del acto de un modo principal; es decir, que sus ayudas deben ser necesarias para su consumación y, sin estas, el plan del autor/es no puede llegar a darse. En suma, los coautores también son autores del delito, como si constituyeran un solo el autor.

Así pues, la realidad de la delincuencia empresarial obliga a buscar mecanismos legales que reemplacen el esquema de la teoría del dominio del hecho y de la coautoría, para encontrar una que se acomode a la realidad corporativa.

En un comienzo, debido a que no había una teoría aplicable para confrontar la delincuencia empresarial, se quiso usar el modelo de la teoría de "Aparatos Organizados de Poder" de Roxin, postura que encontró en este mismo autor a su primer detractor, puesto que su creación fue moldeada para organizaciones estatales o paraestatales ilegales, bajo un grado de estructura jerárquica muy definida.

La jerarquización requerida por esta teoría no la comparten todas las empresas, además de que las sociedades funcionan por autorización legal de los entes de control del Estado y se trata solo de una excepción cuando se salen de los lineamientos permitidos por las normas legales. En tal virtud, la teoría de los "Aparatos organizados de poder" no podía ser aplicable al problema de la criminalidad empresarial.

El mismo profesor Feijoo Sánchez, ratifica la importancia del reconocimiento de la empresa como una organización social; porque este hecho permite hablar, ya no de un *dominio fáctico del hecho* sino de un concepto de la organización, por el que se entiende que la entidad de esta prima por sobre la voluntad de los ejecutores del hecho, de manera que se explica la existencia de una autoría mediata en los términos señalados por Roxin (Feijoo Sánchez 2008, 9).

El reconocimiento de esta postura se justifica desde la óptica de una política criminal; dado que, al usar la persona jurídica como mecanismo para la comisión de infracciones penales y como forma de protección a los verdaderos beneficiarios de los actos ilícitos, se

busca impedir la impunidad que se ha creado. Además, se considera que, con esta forma de criminalidad, se perjudican bienes jurídicos colectivos como salud, medio ambiente, vida, etc. Sin embargo, la solución que plantea la teoría del dominio de la organización tampoco es tan amigable, porque hay ocasiones en las que los altos mandos de la empresa no tienen conocimiento de lo que sucede en la esfera de los cargos inferiores y, por un principio de culpabilidad, ellos no podrían ser responsables por hechos ajenos a su conocimiento. Si se llegara a sancionar a una persona por un caso así, la estructura penal que poseemos en Ecuador perdería su condición garantista, que es el seguro más importante que nos otorga nuestra Constitución.

PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO MECANISMO PARA PREVENIR DELITOS CORPORATIVOS

La política criminal justifica la necesidad de poner mayores controles a las personas jurídicas, inclusive a través del derecho penal, que es el instrumento más eficaz que tiene el Estado para resolver los problemas sociales. Esta necesidad deviene de la influencia, directa o indirecta, que tienen las corporaciones en la sociedad y en el mismo Estado; pero en ocasiones es tan fuerte la presencia de las empresas que, muchas veces, al mismo control estatal se le hace difícil ejercer su función controladora. Por esta razón, es necesario una autorregulación fundamentada básicamente en los mismos principios de imputación objetiva revisados, que facilitan el control interno de detección de riesgos para evitar incurrir en infracciones legales.

Por *compliance* se entiende “aquel conjunto de medidas tendentes a garantizar que todos y cada uno de los miembros de una empresa, desde el presidente del consejo de administración hasta el último de los empleados, cumplan con los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales, y a que, en caso de infracción, sea posible su descubrimiento y adecuada sanción” (Vila 2013, 54-55). Para estructurar un sistema de cumplimiento, Ivo Coca (Vila 2013, 56-59) recomienda sujetarse a siete pilares fundamentales:

1. Cultura de cumplimiento: Todos los estamentos de la empresa, desde el cargo ejecutivo más alto has-

ta el empleado de mejor jerarquía, debe asumir el compromiso de cumplir el ordenamiento jurídico.

2. El pre-establecimiento de objetivos empresariales: establecer metas de cumplimiento, para poder establecer objetivos individuales que estén en armonía con las metas generales, y establecer un sistema interno de juridicidad para todos los actores internos de la empresa.
3. Evaluación de riesgos: detectar los riesgos que la actividad empresarial genere, y buscar las medidas necesarias para disminuirlos o incrementar su peligro.
4. Adopción de medidas necesarias para la contención de riesgos: elaboración de las normas internas para aminorar los peligros; aunque, si no es posible realizarla, adoptar las correcciones necesarias para que estos no se conviertan en riesgos prohibidos, porque este hecho conllevaría una posible infracción penal.
5. Delimitación de ámbitos de competencia: como se revisó previamente, las compañías pueden tener sistemas de organización complejos que requieren, para su funcionamiento, tareas de delegación; y, para lograrlo debe existir una organización

- debidamente estructurada que establezca funciones y posiciones plenamente individualizadas para cada persona así como unidad intraempresarial. Tal situación permite establecer las esferas de competencia para cada cargo en la empresa y establecer las responsabilidades individuales, de manera que se consigue evitar la disolución de responsabilidades en las grandes corporaciones e imputar las responsabilidades de las infracciones ocurridas.
6. Sistemas internos de comunicación: la comunicación intraempresarial es fundamental para el control de los riesgos deducidos y para evitar la incurrancia en conductas criminales. La empresa debe tener una comunicación abierta, de modo tal que los miembros de la dirección reciban toda la información sobre riesgos relevantes y los empleados tengan la garantía de conocer cuáles son los riesgos de importancia que se suelen dar en el ejercicio de sus funciones. Se recomienda tener una persona o departamento que cumpla el papel de canal de transmisión de la información dentro de la empresa.
 7. Sistemas de supervisión y sanción: las estructuras societarias pueden ser tan engorrosas que la vigilancia orgánica puede llegar a ser difícil de realizar, por esta causa, se sugiere que exista un sistema de jurisprudencia corporativa: las empresas deben tener un archivo de documentos con resoluciones administrativas internas para guardar una misma línea sancionatoria frente a responsabilidades internas de los infractores, sean empleados, ejecutivos o directivos de la empresa. Para conseguir este objetivo se debería contar con un órgano encargado de gestionar el cuidado del control disciplinario interno que, inclusive, pudiera recibir denuncias de conductas contrarias al *compliance* y garantizar la protección de los denunciantes.

De lo anotado, se puede colegir que el sistema de *compliance*, que es un mecanismo preventivo de comisión de infracciones legales –no solo penales– tiene mucha relación con el sistema de imputación objetiva; porque, si se cumplen los pilares establecidos, se puede prevenir la comisión de delitos y, si estos suceden, se garantizará la aplicación de los principios revisados en este ensayo.

CONCLUSIONES

La importancia que representan las empresas en el giro social y económico de los estados, hace que la política criminal dirija su mirada a la criminalidad empresarial y, por consiguiente, al derecho penal; que, al ser el instrumento más delicado y de mayor eficacia que tienen los países para el control social, es el que mayor avance legislativo debe tener en relación con el desarrollo de la sociedad. El sistema de la imputación objetiva es, justamente, una muestra de la actualización de los sistemas penales a las realidades sociales, en especial a las empresariales, pero no todas las legislaciones siguen al mismo ritmo estos desarrollos conceptuales. Por ej., nuestro Código Orgánico Integral Penal sigue en la retaguardia de los avances legislativos en esta materia, pese a los esfuerzos que se han hecho para tener un Código moderno de acuerdo a las necesidades reales de la modernidad. No solo nuestro Código no ha adoptado correctamente el sistema de imputación objetiva, sino que, además, tiene errores conceptuales muy definidos en materia de autoría y participación; confunde erradamente la instigación con teorías de la autoría mediata. Esta confusión no es correcta,

porque el instigador es sólo un partícipe a quien no se lo puede asimilar con la situación del auto ni siquiera bajo el criterio de la autoría mediata. Sin embargo, no todo es derecho penal, ni tampoco debe serlo, y de ahí la necesidad de contar con un sistema preventivo legal que funcione internamente en las mismas empresas; es decir, que estas tengan su auto regulación (sin esperar a que se ejerza el control sancionatorio del Estado), a través de sus normas penales o del sistema administrativo sancionatorio, que debería ser suficiente en materia de responsabilidad de la persona jurídica.

Ecuador tiene mucho por caminar en esta materia. Pocas empresas asumen la responsabilidad de adecuar su organización interna a un sistema de *compliance*, cuando debería ser una obligación, al menos ética, para su propio beneficio institucional. Los ejemplos más claros y de conocimiento público, por los que se deben exigir estos controles, son los casos de Odebrecht o Caminosca, entre otros, empresas que lograron, en base a corrupción, casi carcomer las estructuras del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Amparo al paciente en estado de emergencia*. 2014. 17246-2012-00005 (Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, 9 de junio).
- Corcoy, Mirentxu. 2013. *El delito imprudente*. Montevideo-Bs. As.: B de F.
- Cuneo, Rafael. 2011. *Responsabilidad Penal del Empresario. Por delitos imprudentes de sus dependientes*. Bs. As.: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Donna, Alberto Edgardo. 2010. *Derecho penal*. Parte general. Vol. VI, Tentativa-Omisión. Bs. As.: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Fernandez, Juan. 2011. *Derecho penal*. Parte general. *Teoría del delito y de la pena*. Vol. I, Visión positiva y negativa. Bogotá: Grupo Edit. Ibañez.
- Gimbernat, Enrique. 2013. *Estudios sobre el delito de omisión*. Montevideo-Bs. As.: B de F.
- Gracia, Luis. 2011. *El Moderno Derecho Penal Económico Empresarial y de la Globalización Económica*. Quito: Ed. Jurídica Cevallos.
- Jakobs, Gunther. 1997. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Marcial Pons.
- 2007. *La imputación objetiva en derecho penal*. Mexico: Angel Editor.
- Jiménez, Luis. 2005. *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*. Bs. As.: Abeledo-Perrot.
- Luzon, Diego-Manuel. 2016. *Derecho Penal*. Parte general. Montevideo-Bs. As.: B de F.
- Luzon, Diego-Manuel. 2016. *Lecciones de derecho penal*. Parte general. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz, Francisco. 2004. *Teoría general del delito*. Bogotá: Ed. Temis.
- Peñaranda, Enrique. 2016. «Autoría y Participación en la Empresa.», en *Fraude a Consumidores y Derecho Penal, Fundamentos y Taller de Leading cases*, de Mirentxu Corcoy y Víctor Gomez. Montevideo-Bs. As.: Ed. B de F.
- Roxin, Claus. 2008. *Derecho penal parte general*. Tomo: I Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Madrid: Ed. Civitas.
- Roxin, Claus. 2016. *Autoría y dominio funcional del hecho en materia penal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales.
- Salgado, Roberto. 2015. *Tratado de Derecho Empresarial y Societario, tomo I, El Empresario y las sociedades*. Quito: PPL Impresores.
- Sánchez, Bernardo. 2008. «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas». *Revista de Derecho Público* (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho).
- Sanchez, Jesus M.^a. 2016. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Montevideo- Bs. As.: Ed. B de F.
- Velásquez, Fernando. 2017. *Fundamentos de derecho penal*. Parte general. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Zaffaroni, Raúl. 2002. *Manual de derecho penal parte general*. Bs. As.: Ediar.