

EL DIRECTORIO FRENTE A LOS DEBERES DE CONTROL Y VIGILANCIA EN LA EMPRESA Y LA PROBABILIDAD DE CONOCIMIENTO SOBRE LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO

¿El dolo como conocimiento para imputar la infracción de un deber?

Jean Carlos Raymundo Pereda*

RESUMEN:

La preocupación de la presente investigación, la cual consiste en introducirnos teóricamente, en el ámbito interno de un entramado empresarial complejo, y poner sobre el tapete, las realidades que conducen a percibir que en muchas ocasiones, los directorios, entendidos como órganos que ocupan la más alta jerarquía en la empresa y encargados de tomar las decisiones macro, adoptan la aprobación de propuestas y funciones en forma mecánica y olvidando el deber de actualizar sus conocimientos, sobre la producción de nuevos riesgos inherentes a la actividad empresarial, actuando de esta manera, con deliberada indiferencia y obviando la activación de deberes especiales de control y vigilancia, sobre la función de los subordinados, cuando a partir de indicios reveladores, puedan percibir que las tareas encomendadas, están siendo desviadas a fines no ajustados a Derecho, y no obstante, eliminan de su esfera de organización, toda forma de intervenir en la evitación del resultado, siendo competentes para ello, por su calidad de directores y depositarios de una fuente de peligro, aquellos están obligados a “controlar los peligros que de ellos emanen y a evitar que de ellos deriven daños a bienes jurídicos ajenos (*responsabilidad por el estado de cosas*)”

* Estudiante del IV año de la Facultad de Derecho y CC.PP, Universidad Cesar Vallejo – Trujillo - Perú. Asistente de cátedra en el curso de Derecho Penal II – Parte General, en esa casa de estudios. Miembro del Instituto Peruano de Criminología Crítica (INPECC). Coord. General del Taller de Ciencias Penales “*Dogmática y Praxis Jurídica*” - UCV.

PALABRAS CLAVES:

Empresa; Directorio; Sociedad de riesgos; Responsabilidad penal; responsabilidad organizativa.

ABSTRACT:

The concern of this research, which consists of introducing us theoretically, on the domestic side of a complex business network, and put on the table, the realities that lead to perceive that in many cases, directories, understood as bodies that occupy the highest hierarchy in the company and responsible for decisions macro, they adopt the adoption of proposals and functions in a mechanical way and forgetting the duty to update their knowledge on the production of new risks inherent in business activities, acting in this way, with deliberate indifference and bypassing activation of special duties of control and surveillance on the role of the subordinate, when from telltale signs, they can perceive that mandated tasks, are being diverted to purposes not adjusted right, however, removed from his field of organization, all way to intervene in the avoidance of the result, being competent to do so, by directors and Trustees of a source of danger, as those are obliged to "control the dangers emanating from them and to prevent them resulting damage to non-legal goods (liability by the State of things)".

KEYWORDS:

Company; Directory; Society of risks; Criminal responsibility; organizational responsibility.

SUMARIO:

1.- Introducción y aproximación al problema.- 2.- Ámbitos de competencia diferenciada al interior de la empresa: Principio de confianza y Prohibición de regreso.- 3.- Consideraciones para determinar el desconocimiento deliberado frente a la producción del resultado.- 3.1.- Casuística jurisprudencial.- 3.2.- Criterios para afirmar el dolo en la adopción de medidas irresponsables del directorio.- 3.3.- Capacidad de evitabilidad y Probabilidad sobre la representación del resultado.- 4.- Conclusiones.-

1. Introducción y aproximación al problema

La nueva *sociedad de riesgos*¹, donde actualmente somos actores, se desarrolla a través de una transformación producida por la confrontación de la modernidad con las consecuencias no deseadas de sus propias acciones, las cuales se ven reflejadas en las actividades comerciales, industriales, la interacción anónima entre las personas que crece a un ritmo vertiginoso, ha ocasionado una serie de innumerables fuentes de riesgo, lo que caracteriza indudablemente a este modelo de sociedad postindustrial en proceso aun evolutivo, en la que las implicaciones negativas del avance tecnológico y del sistema de producción y de consumo, han adquirido entidad propia amenazando de forma masiva a los ciudadanos en el marco de una gran *complejidad organizativa de relaciones de responsabilidad*², en el que las sociedades y empresas juegan un papel absolutamente preponderante, lo cual ha tenido una notable repercusión en el contexto del Derecho penal, entre una de sus formas más variadas, podemos mencionar el fenómeno de la criminalidad organizada, sobre todo la criminalidad empresarial, lo que demuestra que a través de estos entes colectivos, se puede fomentar una "*irresponsabilidad organizada*"³, contraviniendo así los principios elementales de un desarrollo equilibrado y sostenible que legitime, la imagen que proyectan a la sociedad. Según, el entender de GOMEZ-JARA DIEZ, la empresa moderna difícilmente puede considerarse hoy en día como una organización que actúa al margen del Derecho, sino que más bien desde hace algún tiempo se va

¹ Tesis de la sociológica contemporánea, desarrollada por el sociólogo alemán *Ulrich Beck*, quien ha trabajado fundamentalmente el estudio de temas de la modernización y globalización, problemas ecológicos y especial atención a las transformaciones en el mundo del trabajo dentro de estructuras complejas, y la flexibilización en el nuevo capitalismo global.

² ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, "*Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica*". pp.648. En: "*SISTEMAS PENALES IBEROAMERICANOS*" L-H al Prof. Dr. D. Enrique BACIGALUPO ZAPATER en su 65 aniversario. Dir. JAEN VALLEJO, Manuel / Coord. REYNA ALFARO, Luis Miguel. ARA Edit. Perú, 2003.

³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, "*Empresa y delitos contra el medio ambiente*". pp.875. En: "*Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*". Coord. REYNA ALFARO, Luis Miguel. ARA Edit. Perú, 2005.

considerando que se trata de un ciudadano responsable de la sociedad⁴. Este planteamiento es correcto desde nuestro parecer, en tanto las empresas puedan ser consideradas como personas, pero no en un sentido natural, si no partiendo de la finalidad social que desarrollan y de la cultura empresarial que manejen al interior de su organización, pues dependiendo de aquel factor, los riesgos previsibles para bienes jurídicos, podrán ser eliminados, o al menos controlados, pero dadas las circunstancias del sistema latinoamericano, con una dogmática aún en fase de evolución, y sistemas procesales penales, en etapa de implementación, creemos que los órganos conductores de los organización empresariales, aun no perciben la exigencia político criminal de incorporar a su praxis, un modelo de desarrollo responsable y equilibrado, que conlleve a suprimir la etiqueta de objeto peligroso, que se tiene hoy por hoy sobre el concepto de empresa, al menos en nuestro margen social. Precisamente, esa es la preocupación de la presente investigación, la cual consiste en introducirnos teóricamente, en el ámbito interno de un entramado empresarial complejo, y poner sobre el tapete, las realidades que conducen a percibir que en muchas ocasiones, los directorios, entendidos como órganos que ocupan la más alta jerarquía en la empresa y encargados de tomar las decisiones macro, adoptan la aprobación de propuestas y funciones en forma mecánica y olvidando el deber de actualizar sus conocimientos, sobre la producción de nuevos riesgos inherentes a la actividad empresarial, actuando de esta manera, con deliberada indiferencia y obviando la activación de deberes especiales de control y vigilancia, sobre la función de los subordinados, cuando a partir de indicios reveladores, puedan percibir que las tareas encomendadas, están siendo desviadas a fines no ajustados a Derecho, y no obstante, eliminan de su esfera de organización, toda forma de intervenir en la evitación del resultado, siendo competentes para ello, por su calidad de directores y depositarios de una fuente de peligro, aquellos están obligados a “controlar los peligros que de ellos emanen y a evitar que de ellos deriven daños a bienes jurídicos ajenos (*responsabilidad por el estado de cosas*)”. Efectivamente resulta convincente, entender que aquel que ejerce el dominio sobre un ámbito delimitado de elementos materiales,

⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “¿Responsabilidad de los directivos de la empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas”. pp. 141. Publicado en: “Cuadernos de política criminal, N° 88, Universidad Autónoma de Madrid”. Madrid, 2006.

deba ocuparse de neutralizar los riesgos que se generen en él, sea hacia fuera del ámbito o hacia dentro, en la medida en que otros tengan acceso a él⁵. La configuración del contexto, ofrecerá los mecanismos, para determinar si el nivel de conocimiento sobre el desencadenamiento de resultados lesivos, a los ciudadanos, ha sido previsible, tomando en cuenta *criterios de referencia social asumidos por el Derecho penal*⁶, y valorar si la conducta de los encargados de la empresa, constituye un dato objetivo que permita atribuir responsabilidad penal, o de modo contrario, excluir toda forma imputación, si es que la actuación del directorio de la organización empresarial, se desarrolló dentro de los roles y competencias asignadas o la probabilidad de conocer el resultado fue imposible, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva, tal como lo prevé, el art. VII del Título Preliminar del Código Penal Peruano de 1991.

2. Ámbitos de competencia diferenciada al interior de la empresa: Principio de confianza y Prohibición de regreso

La empresa, como ente colectivo, se organiza sobre la base de la *división del trabajo y el principio de jerarquía*⁷, la información sobre los procedimientos, las decisiones para ponerlos en marcha y ejecutarlos o de paralizarlos, no coinciden en la misma persona, sino que es competencia de unos pocos, representa un problema central para la moderna teoría jurídica del delito, a la hora de personalizar responsabilidad, más aun, tratándose de organizaciones multinacionales que encierran en su dimensión una gran magnitud y complejidad, dentro de las grandes empresas, que son potencialmente nocivas para intereses penalmente protegidos, estamos ante una fragmentación de funciones, decisiones sobre políticas

⁵ STRATENWERTH Günter, "*Derecho penal Parte general I. El hecho punible*". pp. 473. 4º Edic. totalmente reelaborada. Trad. De Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, "*La Imputación Subjetiva en Derecho Penal*". pp.30. ARA Edit. 2005. Conferencia dictada en la I Jornada de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Piura, 29 Octubre, 2004. (...) El presente artículo se encuentra en: *Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial*. ARA Edit. 2005.

⁷ MEINI MENDEZ, IVÁN, "*Intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal*". pp.645. En: "*La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*". Coord. BACIGALUPO SAGGESSE, Silvina. ARA Edit. Perú, 2005.

de control y riesgo, balances de coste y beneficios, recopilación y manejo de información, coincidimos con FEIJOO SÁNCHEZ⁸, quien señala que a partir de cierto grado de complejidad ya no es posible encontrar una persona en la que coincidan creación del riesgo o participación en el mismo con representaciones sobre dicho riesgo ni nadie que disponga de una información global sobre la actividad empresarial.

Esta desarticulación sistemática de tareas, se genera principalmente para agilizar en la actividad diaria de interacción, de acuerdo a los parámetros normativos de la imputación objetiva, consideramos, que los institutos conocidos como el principio de confianza y la prohibición de regreso, permitiría deslindar actuaciones validas, neutrales o socialmente adecuadas conforme a leyes lógicas y racionales, de aquellas en las cuales, ya no se les podría adscribir un sentido social e inocuo. En la empresa, aplicando el llamado *Principio de confianza*, partiremos de la problemática, que genera individualizar las competencias asignadas, y la relevancia de las acciones efectuadas, se entiende, genéricamente, que en el ejercicio de cualquier profesión, esperamos de nuestros semejantes, una comunicación correcta y responsable, según los estándares del momento histórico, si *por ejemplo*, como gerente de una sociedad anónima abierta, ordeno al asistente de funciones contables, acudir a realizar el respectivo pago de tributos mensuales, infiero en que ha internalizado el mensaje y cumplirá lo encomendado, puesto que es lo esperado de toda persona responsable, de lo contrario, no le habría asignado tan tarea. En este sentido, no cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuaran dentro de los límites del riesgo permitido⁹. Básicamente, tenemos un mecanismo de gran ayuda para determinar y limitar los deberes objetivos de cuidado no regulados positivamente. Trasladando el mencionado filtro, a una organización con distintos departamentos de función, como directorio, gerencia, recursos humanos, contabilidad del patrimonio neto, calidad del producto, etc. El gerente, luego de haber presentado el informe al directorio, sobre reducción de coste y beneficios, no podrá cuestionar la decisión de estos,

⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas". pp.287. En "Dogmática actual de la autoría y la participación criminal". IDEMSA, Lima. Perú, 2007.

⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "Derecho penal - Parte General". pp. 327. Editora Jurídica Grijley. 2006.

sino que ordenara de inmediato ejecutar la medida, que recibió visto bueno, en función de la confianza con la que se actúa frente a los demás. Concordamos con el profesor español RAGUÉS I VALLÈS, quien refiere que en la medida en que los sujetos puedan despreocuparse de los ámbitos de la gestión que les son ajenos, tienen la posibilidad de dedicarse con mayor ahínco al desempeño de su función concreta, lo que revierte en una mayor eficacia global¹⁰. Pero claro, esta posibilidad de confiar tiene un efecto claramente exonerador de responsabilidad penal, pero esta regla quiebra cuando observamos supuestos en donde, órganos de dirección u otros de similar jerarquía, encargados de la conducción y representación de la empresa, son los que no quieren saber más allá de lo que ya saben, por tener intrínsecamente depositados en ellos, deberes institucionales de vigilar y evitar las conductas antijurídicas de sus inferiores en línea vertical, desprendiéndose de ello, una primera tesis, que solo se podrá atribuir responsabilidad a los superiores jerárquicos, cuando dependiendo del contexto en que se enmarca la acción que niega a la norma y sus potenciales consecuencias lesivas, pueda demostrarse que estos, han incumplido de *forma plenamente consciente*, -de lo cual nos ocuparemos as adelante- lo que permite afirmar que los miembros de la empresa no solo responden por haber contribuido dolosamente a la realización del delito, sino también, por haber infringido en general determinados *deberes de cuidado y de evitación*¹¹, esta posición especial que reviste a los miembros de un directorio por *ej*. No se deriva de una función de protección de un determinado bien jurídico, sino de un deber de vigilancia, fundamentado en la génesis de la institución que se tiene a cargo¹², en sentido stricto, sobre una fuente de peligro. En lo referido al segundo instituto de la imputación objetiva, *la Prohibición de regreso*, se

¹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, "Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva". pp.581. En: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa". Coord. BACIGALUPO SAGGESSE, Silvina. ARA Edit. Perú, 2005.

¹¹ Sobre un desarrollo de los deberes de cuidado y vigilancia, es interesante el artículo del profesor nacional, GARCÍA CAVERO, Percy, "La imputación jurídico penal en el seno de la empresa". En: "El funcionalismo en el Derecho penal, L-H al Prof. Gunther Jakobs". T I, Primera edición: Sept. 2003, ed. Cordillera S.A.C.

¹² Para mayores referencias, en habla hispana es fundamental la monografía realizada por el profesor GÓMEZ-TRELLES, Javier, "Delito de infracción de deber y participación delictiva". Marcial Pons, Edic. Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2002.

enmarca como un filtro delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado resulta cotidiana o neutral, excluyéndose la participación en el delito efectivizado por un tercero (*en el presente caso, a efectos de no generar confusión alguna, la prohibición de regreso, por constituir una teoría de exclusión de la participación en el delito, jugaría en favor de los trabajadores que no ostenten deberes especiales en la empresa, sino solamente roles comunes (...), no sería aplicable a los miembros colegiados del directorio, pues a ellos en virtud de sus roles especiales y deberes de garantía, solo resulta viable, desde nuestra propuesta dogmática, fundamentar la autoría, que se podría ver excluida por el principio de confianza*), sobre la cual se hace innecesario ya cualquier tipo de valoración normativa, este mecanismo, facilita la diferenciación entre una conducta tolerada socialmente y una con sentido jurídico penal relevante.

Por ello, la distribución de competencias y roles, juega un papel muy importante, pues el *rol social*, aparece como una estructura limitadora de la intervención penal¹³, que busca reducir la gran heterogeneidad social y la abrumadora carga de interacción, que existe en los sistemas sociales, demostrando que según la configuración normativa de la sociedad, *las organizaciones pueden ser entendidas como un complejo entramado de roles*¹⁴, simplificándose el funcionamiento social, y de esta manera, citar un aforismo muy conocido del profesor alemán GUNTHER JAKOBS¹⁵, *la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como presupuesto el quebrantamiento de un rol*.

¹³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*. pp.348. J. M BOSCH EDITOR, BARCELONA, 2005.

¹⁴ RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos, *Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana: Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación*. pp.213. En: *Cuestiones actuales del sistema penal, Crisis y desafíos*. Libro de ponencias estudiantiles del XX Congreso Latinoamericano, XII Iberoamericano y V Nacional de Derecho penal y Criminología. UNMSM. ARA edit. Lima – Perú, 2008.

¹⁵ JAKOBS, Gunther, *La imputación objetiva en Derecho penal*. pp.67. Grijley. Lima – Perú, 1998.

3. Consideraciones para determinar el desconocimiento deliberado frente a la producción del resultado.

La demostración del conocimiento sobre los hechos por parte del Directorio, para sostener la deliberada ignorancia ante la previsible producción del resultado (*específico órgano colegiado de la empresa estudiando en nuestra investigación*), nos conduciría a una encrucijada sin salida, si pretendemos sostener la tesis, de entender al dolo como concepto psicológico, o pretender imputar responsabilidades, mediante la lectura de la mente, nuestra posición es firme en señalar que el conocimiento de terceros es un dato que se sitúa más allá de la percepción sensorial¹⁶, sobre lo cual no es válido, pretender generarse una convicción por la simple corazonada sobre pensamientos ajenos, creemos que es una tesis que no puede ser aceptada, dentro de una comprensión teleológica o normativa del Derecho penal, en donde la sola producción de un resultado, por más que cause un daño (*en sentido físico - natural*) y exista un sujeto que lo produjo, todavía no puede ser declarado como hecho de interés¹⁷, puesto que el Derecho no aprehende el significado de las cosas por cómo estas viene dadas, preestablecidas, esto significa, que resulta insatisfactorio limitarnos a trabajar con conceptos naturalísticos, la regla debe ser, en este sentido, realizar un juicio de valoración, sobre aquellos elementos fenomenológicos, y será el ordenamiento jurídico o el funcionamiento social, quien determine el real significado de los hechos, asignando un concreto sentido y valor.

En la realidad, es común advertir, que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros ciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la energía nuclear¹⁸,

¹⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", pp. 17. Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹⁷ GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo, "Intervención delictiva y Prohibición de regreso: Apuntes sobre la normativización en el ámbito de la participación". pp. 204. En: Revista Jurídica – Colegio de Abogados de La Libertad. 2008.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús - María; "La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales". pp.14. 2ª edición, Montevideo – Bs. Aires. 2002.

etc. *por ejemplo*, Supongamos que productos destinados al consumo humano, son comercializados en el mercado, y en una pre-etapa de verificación de la calidad de estos, sufren una alteración en su composición interna, provocando un envenenamiento masivo, se advierte a la población y al Estado de ello, mediante los medios de comunicación social (Televisión, radio, internet, etc.). La empresa, toma conocimiento de ello, y decide continuar con sus fines de comercialización del producto. Este un caso, en donde, surgen dificultades, para probar si hay un nexo causal y normativo, comenzando por el primer elemento, podemos enunciar que el juicio factico de causalidad, puede considerarse como un proceso de explicación del hecho delictivo, como primer paso, ejecutaría una función negativa, la cual es suprimir aquellos comportamientos humanos que no tengan conexión con el resultado como antecedente necesario y, por otra parte cumple también una función positiva, la cual se encargaría de afirmar la condición de antecedente de uno o varios comportamientos respecto del resultado, quedando todo ello expedito para iniciar un juicio de carácter normativo. Sobre todo los elementos objetivos. Volveremos con más detalle sobre el caso, más adelante, con nuestra toma de postura para afirmar la imputación, partiendo de la potencialidad del nivel de probabilidad que sobre el resultado se puede tener, dependiendo del tipo de rol y la jerarquía que se ocupe dentro de empresa.

3.1 Casuística jurisprudencial.

El ordenamiento jurídico admite o tolera de forma genérica ciertas actividades que encierran peligros, pero lo elemental es *descubrir el límite de lo tolerado o asumido por la comunidad jurídica*¹⁹. Tomamos como punto de referencia, el factor riesgo nuevamente, por considerarlo un elemento que se percibe de forma inevitable, en nuestro contexto de existencia. Asumimos, como señala CARO CORIA, la idea de que la inseguridad es

(...) Señala el Maestro español, enfáticamente que el desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, la configuración de un riesgo, riesgo el cual es procedente de la acción humana como fenómeno social – estructural.

¹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La Imputación objetiva en Derecho Penal”. pp.200. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Editora Jurídica Grijley. 2002.

palpable, mediante un simple *análisis de los componentes de la tecnosfera*²⁰, para constatar las innumerables fuentes de riesgo, que determinan que bienes individuales como la vida o la salud de las personas, se encuentren permanentemente sometidos al peligro de ser lesionados. Ante ello, enunciaremos algunos casos concretos, acontecidos en la realidad, a efecto de dinamizar la investigación.

- CASO CONTERGAN (*Sentencia del 18/12/1970*)

En este supuesto se planteó la responsabilidad penal de los directivos de la empresa farmacéutica alemana "Grunenthal" que comercializaba un medicamento tranquilizante, denominado en Alemania como "Cortengan" que fue recetado entre 1957 y 1961 a mujeres gestantes que posteriormente dieron a luz niños con graves malformaciones, con la ingestión de estos tranquilizantes cuyo componente principal era la *talidomida*²¹, se determinaba, al parecer la producción de abortos o graves daños en los sistemas óseo y nervioso de los recién nacidos que morían al poco tiempo de nacer o en algunos casos sobrevivían pero con degeneraciones irreversibles en su anatomía. Como dato sorprendente, entre 1951 y 1961 nacieron en Alemania (ex occidental) más de tres mil niños con malformaciones, producto de la ingestión de la citada droga. En este caso se presentaron serios inconvenientes, por parte del Tribunal, pues alegaron que no se podía constatar a ciencia cierta, que el componente químico del fármaco fuera el causante de las malformación genéticas de los recién nacidos, puesto que ni los

²⁰ CARO CORIA, Carlos Dino, "<<SOCIEDADES DE RIESGO>>, BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y REGLAS CONCURSALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS DE PELIGRO CON VERIFICACIÓN DEL RESULTADO LESIVO". pp.2. El presente, es un ensayo presentado en el II Congreso Internacional de Derecho Penal de septiembre de 1997, organizado por la PUCP y la Universidad Castilla - La Mancha (España), en Lima.

²¹ La *talidomida*, componente interno del fármaco comercializado en Alemania, con el nombre contergan, era un calmante de las náuseas durante los tres primeros meses de embarazo (hiperémesis gravídica), este medicamento causa el nacimiento de bebés afectados de *focomelia*, la cual es una anomalía congénita caracterizada por la carencia o excesiva cortedad de las extremidades (...).

peritos, lograron determinar aquello. Este razonamiento será objeto de cuestión en el siguiente punto.

- CASO LEDERSPRAY²² (*Sentencia del BGH o Bundesgerichtshof, 06/07/1990*)

En esta ocasión el BGH (Tribunal Alemán) se encargó de una empresa que se dedicaba entre una de sus principales funciones comerciales, a la producción y venta de un spray para el cuidado y mantenimiento de cuero, en sus inicios, dicha empresa, ajustaba su actuación a Derecho, pero posteriormente, a fines de 1980, comenzaron a recibir noticias, en las cuales se informaba categóricamente, que un gran número de personas, venían sufriendo trastornos respiratorios, tos, náuseas, fiebres, y en casos extremos edemas pulmonares, al tomar cuenta de ello, se modificó la composición del producto pero los efectos lesivos continuaron produciéndose. Por lo que el BGH llegó a condenar a los responsables, y por su conducta dolosa de lesiones y muertes.

- CASO DEL ACEITE DE COLZA (STS 23/04/1992 Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater)

Data del suceso trágico, acontecido en España, en 1981, fueron 60.000 mil españoles intoxicados, más de 900 de ellos perecieron, esto fue catalogado por el Tribunal Supremo Español, como una catástrofe nacional sin precedentes. Se determinó que la misma habría sido provocada por la ingestión de una partida de aceite de colza, desnaturalizada con anilina al 2%, un aceite para uso industrial, que se desvió al consumo humano. En este caso el Tribunal considero probada la correlación existente entre el antecedente de la ingestión y las consecuencias de las muertes y lesiones. El TS resolvió el caso, condenando a los acusados a largas penas privativas de libertad.

²² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Revista Peruana de Ciencias Penales". pp.356. Grafica Horizonte. N° 9. Lima. 1999.

3.2 Criterios para afirmar el dolo en la adopción de medidas irresponsables del directorio

Cuando los Tribunales de justicia se encuentran al frente de casos en donde, se debe probar el dolo, carecen de elementos adecuados para determinar la efectiva existencia de *realidades psicológicas*²³, construidas a partir de la valoración del contexto y la probabilidad de efectivización de su proceder, que hace el sujeto, es por ello que la cuestión de determinar responsabilidad penal a un directivo resulta pragmáticamente simple, cuando estamos ante la presencia de un órgano unipersonal, pero de acuerdo al concepto de empresa del que partimos, entendida como *organización estructural compleja*, es común que las decisiones se tomaran de forma colegiada, de modo que habrá de analizar meticulosamente, el tema de atribución de responsabilidades dentro de un directorio, determinando la presencia de dolo de manera personalizada, consistente en imputar subjetivamente la conducta humana (*de las manifestaciones de la imputación subjetiva, conocemos el dolo y la culpa, por especialidad del trabajo, nos remitiremos solo a la categoría del dolo*), tomando en consideración las circunstancias personales, y el conocimiento necesario para evitar el quebrantamiento de las expectativas normativas establecidas en sociedad. Somos de la idea, que el *aspecto cognitivo*, es trascendental, a la hora de calificar, *por ej.* Si siendo competente en función del cargo, se trató de evitar o no un resultado mortífero contra un tercero. Menciona el Profesor peruano, GARCÍA CAVERO, que el deber de evitar la producción del resultado lesivo se activa únicamente con el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de producción del resultado defraudador, con independencia de la voluntad del autor de producir dicho resultado²⁴. La *indiferencia*²⁵, ante las consecuencias ulteriores, terminaría por

²³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “*La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*”, pp. 613. Tesis Doctoral. 1998. Departamento de Derecho, Universidad Pompeu Fabra. Dir. Prof. Dr. Jesús -María Silva Sánchez.

²⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, “*Derecho Penal Económico - Parte General*”. T I. pp.478. Segunda edición, Grijley. Lima. 2007.

²⁵ Para mayor referencia sobre el contenido y límites de la indiferencia como elementos, fundamentador del dolo, véase el artículo del Profesor Urs Kindhäuser, “*¿Indiferencia como dolo?*”. En: Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial. ARA Edit. 2005. Conferencia dictada en I Jornada de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Piura, 29 Octubre, 2004.

afirmar que se actúa con conocimientos potenciales, la cuestión es, a partir de que datos, vamos a probarlos, *por ejemplo*. Digamos, que en la función de director de la empresa, desde hace unos meses se ha puesto en marcha un plan piloto de comercializar, el nuevo producto consistente en una nueva conserva de atún, el directorio ha recibido información, acerca de la lesión que vienen sufriendo en su salud, varias personas, ante estos indicios indirectos, se opta por no hacer nada, mostrando una pasividad manifiesta, en no retirar el producto del mercado, pues consideran que las lesiones a la salud de la comunidad se debe quizás a una epidemia, causada por cualquier elemento de la naturaleza, menos que por su producto. En este caso, los miembros del directorio, incurren en un *venire contra factum proprium*²⁶, es decir una auto-contradicción pragmática. Ya que en todo momento, han sido conscientes del peligro de la actuación (para la vida y salud de terceros), en seguir adelante con la producción del producto adulterado, basándose en circunstancias externas, estas se consideran como justificación suficiente, para reprochar penalmente al directorio, quienes han vulnerado, su deber de control sobre la fuente de peligro, al recibir las primeras noticias alertadoras, la mínima diligencia que debieron realizar, era ordenar la activación de los controles de vigilancia sobre el producto, al vulnerar ese deber especial, mediante una conducta de no evitación del resultado y por consiguiente sus eventuales consecuencias, se está defraudando la expectativa normativa, depositada sobre los órganos de una empresa, el fomentar una conducta irresponsable y no acuciosa sobre el control y manejo de riesgos, un factor que contribuiría a precisar, nuestra postura sería la *magnitud del peligro representado*²⁷, que ofrecería la base mínima para dirigir la conducta al juicio de desvaloración penal, y al hacer referencia al grado de magnitud, se alude, a que el autor no solo debe representarse el riesgo, sino que debe concurrir en él un *grado relevante de probabilidad*²⁸ de producción del resultado. En este sentido la responsabilidad penal de los miembros de la

²⁶ HRUSCHKA, Joachim, "Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación". pp. 148. Edit. Aranzandi, S.A. 1º Edic.2005.

²⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia. "Dolo y Conocimiento". pp.244. Edit. Tiran lo Blanch. Valencia, 1999.

²⁸ GARCÍA CAVERO, Percy, "La Imputación Subjetiva en Derecho Penal". pp.26. ARA Edit. 2005. En: Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial. ARA Edit. 2005. Conferencia dictada en I Jornada de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Piura, 29 Octubre, 2004.

empresa deberá determinarse de todas maneras, entiéndase que estamos ante la presencia de *delitos de infracción de deber*²⁹, que se fundamenta en competencias defraudadas, que en el caso de directivos de la empresa, son mayores, ya que estos toman las decisiones generales en la administración del ente empresarial, siendo plenamente responsables por las acciones antijurídicas cometidas por ellos mismos o por sus subordinados, reafirmandonos, en que su propia posición en la estructura colectiva de la empresa les impone, *competencias control y vigilancia general*³⁰, en orden vertical sobre las prestaciones del personal.

3.3 Capacidad de evitabilidad y Probabilidad sobre la representación del resultado

Este concepto de evitabilidad individual, permitirá realizar una función de atribución del conocimiento, si concebimos la idea de un mundo *desmitificado*³¹, en donde todas las personas conocen el deber negativo que tiene sobre si, para evitar que se desprendan de su esfera organizativa, resultados lesivos para sus semejantes, en tanto, siempre las consecuencias de toda conducta siempre serán calculables aun con un conocimiento residual de los elementos que otorgan revelación o *representación sobre la probabilidad del riesgo*³², por el contrario, los

²⁹ SANCHEZ-VERA, "*Delito de infracción de deber y participación delictiva*".pp.93.*Ob.cit.* Infracción de deber, hace referencia al quebrantamiento de la institución positiva a la cual está ligado el sujeto, constituyéndose como irrelevante cual ha sido, el modo de su actuación (*acción u omisión*), la sola defraudación del deber normativo, es presupuesto inobjetable para afirmar la autoría.

³⁰ GARCIA CAVERO, Percy, "*La imputación jurídico penal en el seno de la empresa*". Pp.345. En: "*El funcionalismo en el Derecho penal, L-H al Prof. Gunther Jakobs*". T I, Primera edición: Sept. 2003, ed. Cordillera S.A.C.

³¹ Término empleado por el Dr. García Caveró, en su trabajo "*La Imputación Subjetiva en Derecho Penal*". *Vid. (...)* donde hace referencia a la desmitificación de la sociedad, para entender que las consecuencias de los sucesos derivados de la actividad humana resultan calculables, en la medida que las personas estén en la posibilidad de evitar consecuencias lesivas de su actuación.

³² *En contra de esta posición* de fundamentar el dolo, en base al nivel de probabilidad concreta, que tenga el sujeto para advertir la inminente producción del resultado, o para conocer de este, a partir de la toma de conocimiento derivado de indicios manifiestos, se muestra CARO JOHN, José Antonio, (...) véase para mayor referencias sobre su postura, en su trabajo titulado: "*Imputación Subjetiva*", conferencia dictada en el VII Curso

resultados fortuitos e imprevisibles y por tanto inevitables, no podrán ser analizados jurídico penalmente, en tanto no habrá lugar para intentar imputar subjetivamente.

Recurriendo al factor probabilidad, debemos manifestar que el sujeto, tiene el deber de evitar la producción del resultado lesiva desde la activación del conocimiento, el cual inicia desde el nacimiento de la mínima residualidad de probabilidad sobre el resultado, con absoluta independencia de la voluntad concreta del autor en producir el resultado. Obviamente este razonamiento ha sido objeto de crítica, una de las principales, es la sostenida por el MIR PUIG, en relación a la pregunta ¿Cómo determinar el nivel de probabilidad relevante para la configuración de una responsabilidad dolosa?, seguidamente sostiene el profesor español, ¿Más del cincuenta por ciento de probabilidad sería un resultado doloso y menos de cincuenta por ciento sería un delito culposo?³³ Esta crítica, es desacertada, en tanto, el nivel de conocimiento, no se puede interpretar mediante un método cuántico o matemático, recurriendo a leyes científico - naturales, para tratar de construir una certeza objetiva sobre los hechos, el Derecho penal, no trabaja con fórmulas exactas, sino, con valoraciones, interpretaciones normativas a partir de criterios de referencia social, asumidos por el ordenamiento jurídico, en tanto la determinación del elemento cognitivo no se puede realizar desde la configuración interna de la persona, sino desde fuera, con datos externos, que evidencien las disposiciones concretas del autor. Por lo tanto creemos, que el conocimiento sobre la advertencia del riesgo en la materialización del resultado, no se debe entender en sentido psicológico, sino como proceso de imputación.

Internacional de Derecho Penal: " *El funcionalismo Jurídico - Penal a debate*", realizado en Lima del 07 al 10 de junio de 2006, y organizado conjuntamente por el Instituto Peruano de Ciencias Penales, la Maestría en Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Editora Jurídica Grijley. El trabajo se puede encontrar en la siguiente dirección electrónica:
http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_52.pdf

³³ MIR PUIG, Santiago, " *Conocimiento y voluntad en el dolo*". pp.25. En: Elementos subjetivos de los tipos penales. Dir. Jiménez Villarejo, Madrid, 1995.

4. Conclusiones

- Para determinar el conocimiento sobre los hechos, y la conexión factico – normativa con el resultado, es preciso aclarar que las personas encargadas de atribuir responsabilidad penal, es decir los Tribunales de Justicia, estarán en la facultad de admitir determinados elementos de causalidad en la medida que su convicción sobre los hechos no varié, ni signifique apartarse de conocimientos racionales de la lógica o principios generales de la experiencia.
- Los desconocimientos intencionados o indiferencia ante hechos reveladores acerca del resultado, pueden encontrar solución viable, recurriendo a la <<Ignorancia Deliberada>>, que nos convence como un método y que se pueda adoptar *de lege ferenda*, y poder castigar como hechos dolosos, la no evitación del resultado o conformarse con este, o no pretender saber a partir de indicios indirectos.
- Es importante la utilidad que brinda el principio de confianza dentro del organigrama empresarial, pues en base a dicho instituto, cada sujeto puede actuar confiando en que los demás actuaran diligentemente, sin embargo esta regla se quiebra, cuando aparezcan indicios concretos que hagan pensar lo contrario, y a partir de ahí ya no se confiara.
- Los encargados de las propuestas dogmáticas, será nuestros Tribunales justicia, en tanto estos tendrán el deber, de distinguir el conocimiento del cual se goza, ante hechos, de lógica probabilidad para acontecer, esto desencadenara un proceso probatorio, en este sentido la prueba del conocimiento debe regirse por las ciencias del espíritu, y no buscar una certeza objetiva, matemática, como lo exige la prueba científico-natural, sino una certeza subjetiva, siempre que la deducción realizada se mueva dentro de los mecanismos epistemológicos de la razón, la experiencia y la lógica.
- En nuestro sistema positivo, las medidas aplicables a la empresa o persona jurídicas para casos de irresponsabilidad organizativa, ha creído conveniente nuestro legislador, regularlas en el art. 105 del C.P de 1991. Que en sí, denotan un carácter de sanción administrativa para hechos cometidos, la realidad mostrada mediante los

casos descritos, conlleva a realizar un cambio de técnica legislativa, para legitimar la intervención del Derecho penal en las empresas, como propuesta dogmática de *lege data*, para individualizarla responsabilidad en base al nivel de conocimiento que se pueda demostrar que tuvieron los responsables, partiendo de valorizaciones del contexto objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

- CARO CORIA, Carlos Dino, “<<SOCIEDADES DE RIESGO>>, BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y REGLAS CONCURSALES PARA LA DETERMINACION DE LA PENA EN LOS DELITOS DE PELIGRO CON VERIFICACIÓN DEL RESULTADO LESIVO”. Ensayo presentado en el II Congreso Internacional de Derecho Penal de septiembre de 1997, organizado por la PUCP y la Universidad Castilla - La Mancha (España), en Lima.
- CARO JOHN, José Antonio, “*Imputación Subjetiva*”, conferencia dictada en el VII Curso Internacional de Derecho Penal: “*El funcionalismo Jurídico - Penal a debate*”, realizado en Lima del 07 al 10 de junio de 2006, y organizado conjuntamente por el Instituto Peruano de Ciencias Penales, la Maestría en Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Editora Jurídica Grijley. El trabajo se puede encontrar en la siguiente dirección electrónica: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_52.pdf
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José, “*Empresa y delitos contra el medio ambiente*”. En: “*Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*”. Coord. REYNA ALFARO, Luis Miguel. ARA Edit. Perú, 2005.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “*Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas*”. En “*Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*”. IDEMSA, Lima. Perú, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “*La Imputación objetiva en Derecho Penal*”. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Editora Jurídica Grijley. 2002.

- GARCÍA CAVERO, Percy, *"Derecho Penal Económico - Parte General"*. T I. Segunda edición, Grijley. Lima. 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *"La Imputación Subjetiva en Derecho Penal"*. En: *Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial*. ARA Edit. 2005.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *"La imputación jurídico penal en el seno de la empresa"*. En: *"El funcionalismo en el Derecho penal, L-H al Prof. Gunther Jakobs"*. T I, Primera edición: Sept. 2003, ed. Cordillera S.A.C.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *"Revista Peruana de Ciencias Penales"*. Grafica Horizonte. N° 9. Lima. 1999.
- GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo, *"Intervención delictiva y Prohibición de regreso: Apuntes sobre la normativización en el ámbito de la participación"*. En: *Revista Jurídica – Colegio de Abogados de La Libertad*. 2008.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *"¿Responsabilidad de los directivos de la empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas"*. Publicado en: *"Cuadernos de política criminal, N° 88, Universidad Autónoma de Madrid"*. Madrid, 2006.
- GÓMEZ-TRELLES, Javier, *"Delito de infracción de deber y participación delictiva"*. Marcial Pons, Edic. Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2002.
- HRUSCHKA, Joachim, *"Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación"*. Edit. Aranzandi, S.A. 1° Edic.2005.
- JAKOBS, Gunther, *"La imputación objetiva en Derecho penal"*. Grijley. Lima – Perú, 1998.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. *"Dolo y Conocimiento"*. Edit. Tiran lo Blanch. Valencia, 1999.
- MEINI MÉNDEZ, IVÁN, *"Intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal"*. En: *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nuevas tendencias del derecho penal"*

económico y de la empresa". Coord. BACIGALUPO SAGGESSE, Silvina. ARA Edit. Perú, 2005.

- MIR PUIG, Santiago, *"Conocimiento y voluntad en el dolo"*. En: Elementos subjetivos de los tipos penales. Dir. Jiménez Villarejo, Madrid, 1995.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *"Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal"*. J. M BOSCH EDITOR, BARCELONA, 2005.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *"Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva"*. En: *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa"*. Coord. BACIGALUPO SAGGESSE, Silvina. ARA Edit. Perú, 2005.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *"Consideraciones sobre la prueba del dolo"*. Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *"La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa"*. Tesis Doctoral. 1998. Departamento de Derecho, Universidad Pompeu Fabra. Dir. Prof. Dr. Jesús -María Silva Sánchez.
- RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos, *"Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana: Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación"*. En: *"Cuestiones actuales del sistema penal, Crisis y desafíos"*. Libro de ponencias estudiantiles del XX Congreso Latinoamericano, XII Iberoamericano y V Nacional de Derecho penal y Criminología. UNMSM. ARA edit. Lima – Perú, 2008.
- SILVA SANCHEZ, Jesús - María; *"La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales"*. 2ª edición, Montevideo – Bs. Aires. 2002.
- STRATENWERTH Günter, *"Derecho penal Parte general I. El hecho punible"*. 4ª Edición. Trad. De Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

- KINDHAUSER, Urs “¿Indiferencia como dolo?”. En: Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial. ARA Edit. 2005. Conferencia dictada en I Jornada de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Piura, 29 Octubre, 2004.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Derecho penal - Parte General”. Editora Jurídica Grijley. 2006.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, “Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica”. “SISTEMAS PENALES IBEROAMERICANOS” L-H al Prof. Dr. D. Enrique BACIGALUPO ZAPATER en su 65 aniversario. Dir. JAEN VALLEJO, Manuel / Coord. REYNA ALFARO, Luis Miguel. ARA Edit. Perú, 2003.