
LOS DIRECTORES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y EL DELITO POR OMISIÓN IMPROPIA: SU CONDICIÓN DE GARANTES

César Augusto Nakasaki Servigón

Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Lima.

La tragedia de la discoteca Utopía, ubicada en el Centro Comercial más importante del Perú, el Jockey Plaza, conmocionó a la sociedad al conocerse que 29 jóvenes murieron por un incendio que no se pudo controlar porque el establecimiento comercial funcionaba sin sistema de seguridad contra incendios, a pesar de que realizaba espectáculos con fuego ante centenares de jóvenes.

Al someterse a proceso penal a los directores de la sociedad anónima propietaria de la discoteca, se ha puesto en discusión si son autores de delito de homicidio por omisión impropia como consecuencia de las 29 muertes que ocasionó el incendio, que no fue controlado por no existir siquiera un extintor.

El proceso penal determinará si los administradores de locales comerciales que existen en el país, desde cabinas de internet hasta megaplazas, tienen responsabilidad penal por las muertes que se produzcan por el incumplimiento de normas de seguridad.

Por el estudio del caso, efectuado como abogado de las madres y los padres de las víctimas de la discoteca Utopía, y motivado por su dolor y afán de justicia, participo en el debate académico respondiendo una de las preguntas que este genera: ¿El director de una sociedad anónima tiene la condición de garante de la vida y la salud de los clientes que asisten al establecimiento comercial de propiedad de la persona jurídica?

Mi respuesta es afirmativa, para lo cual demuestro que el director de la sociedad anónima tiene la condición de garante.

1. FUNCIONAMIENTO DEL TIPO PENAL DE OMISIÓN IMPROPIA

El tipo penal de omisión impropia o de comisión por omisión se encuentra regulado en el artículo 13 del Código Penal.

El artículo 13 puede ser aplicado a los casos penales trabajando con la teoría del garante, pues a pesar de los cuestionamientos que modernamente se le hacen, sigue siendo la base del delito de omisión impropia. Las nuevas concepciones solo resultan complementos de esta, no cambios; por el contrario, actualmente se aplica al tipo penal de comisión por la introducción de la imputación objetiva como elemento típico.

En virtud de la teoría del garante, se reconoce que dentro de la sociedad las personas, al cumplir sus roles sociales, asumen ciertas funciones de garantía que significan exigencias con el fin de evitar resultados lesivos para bienes jurídicos fundamentales a partir de un adecuado cumplimiento del papel de garantes.

Por ejemplo, el juez tiene la función de garantizar la libertad de los procesados

conforme a la Constitución y a las normas procesales vigentes, y el chofer la función de garantizar la vida de los conductores y pasajeros que transiten por el lugar si es que en la noche deja su carro malogrado en plena carretera, sin señalización de advertencia de la ubicación del vehículo.

La omisión de cumplimiento de la función de garantía, dada su gravedad, provoca que la reacción penal se equipare con la que correspondería al delito de comisión, pues este genera una mayor sanción penal que el delito de omisión impropia.¹

El tipo penal de omisión impropia se estructura combinando un tipo penal comisivo de resultado doloso o culposo, con una fórmula de equivalencia establecida en la parte general del Código Penal; en el caso peruano, como ya se adelantó, en el artículo 13 del Código de 1991.²

Villavicencio, teniendo en cuenta la forma como se estructura el tipo penal de omisión impropia, afirma que se trata de una infracción "no tipificada" del deber de impedir el resultado de un delito de comisión tipificado.³

Jakobs señala que los delitos de omisión impropia surgen al complementar los delitos de comisión y de resultado con una variante omisiva.⁴

Wessels define los delitos impropios de omisión como los hechos punibles en los cuales quien omite está obligado como ga-

1 La Comisión Especial Revisora del Código Penal, al fundamentar su propuesta formativa, afirma que en el caso del artículo 13 correspondiente al delito de omisión impropia, este se determina utilizando el criterio de la equivalencia. *Anteproyecto del Código Penal. Parte general*. Lima: Comisión Especial Revisora del Código Penal. Congreso del Perú, Fondo Editorial, 2004, p. 15.

2 Existen sistemas legislativos en los que se prefiere regular expresamente en la parte especial de los códigos penales los delitos de omisión impropia, en vez de recurrir al sistema de la combinación descrita; así se tendría, por ejemplo, el delito de homicidio por omisión impropia, el delito de peculado por omisión impropia, etcétera, tipificados particularmente en un artículo del Código Penal.

3 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de derecho penal*. Parte general. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1990, p. 276.

4 JACOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídica, 1997, p. 951.

rante a evitar el resultado, correspondiendo la omisión valorativamente a la realización de un tipo penal de comisión.⁵

Jeschek y Weigend sostienen que en el delito de omisión impropia el resultado típico se imputa al garante que no ha evitado su producción, equiparándolo así con el resultado producido por una acción comisiva. El legislador asemeja la no evitación del resultado por omisión a su producción por comisión.⁶

2. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA

En el sistema que sigue el Código Penal, la composición típica del delito de omisión impropia se determina combinando la fórmula de equivalencia del artículo 13 y un tipo penal comisivo de resultado doloso o culposo.

El tipo penal de omisión impropia tiene

la siguiente estructura:

Dado que el objeto de análisis es demostrar que el director de la sociedad anónima es garante de los elementos típicos de la omisión impropia, solo trabajaré con el sujeto activo.

3. SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA: EL GARANTE

3.1 Definición de garante

La ley no define al garante, establece criterios para su identificación, conforme se comprueba al examinar dogmáticamente el artículo 13. La Comisión Especial Revisora del Código Penal renuncia expresamente a definir al garante en el anteproyecto, al asignar tal función a la jurisprudencia y la doctrina.⁷

Composición típica del delito de omisión impropia

Bien jurídico
Norma jurídica

Parte objetiva del tipo	Parte subjetiva del tipo
1. Sujeto activo: el garante	1. Dolo o culpa
2. Sujeto pasivo: el titular del bien jurídico vulnerado	2. Elementos subjetivos del tipo
3. Situación típica generadora de la función de garantía	
4. Capacidad individual de cumplir la función de garantía	
5. Omisión de cumplimiento de la función de garantía	
6. Producción de un resultado correspondiente a un tipo penal de comisión	
7. Imputación objetiva del resultado al sujeto activo.	

5 WESSELS, Johannes. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, p. 208.

6 JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Granada: Comares Editorial, 2002, pp. 654 - 655.

7 Anteproyecto del Código Penal. Parte General, p. 31.

De las dos teorías principales que existen para la identificación del garante: la teoría de las funciones y la teoría de los deberes, al tener en el fondo el mismo fundamento –las funciones producen los deberes y estos son consecuencias de aquellas– se puede trabajar con ambas al llegar básicamente al mismo resultado, como se aprecia a continuación.⁸

El sujeto activo del delito de omisión impropia es el garante, la persona llamada a cumplir una función de garantía de bienes jurídicos fundamentales.

Mir Puig afirma que el garante es el sujeto que tiene una función específica con relación al bien jurídico afectado o la función personal de control de una fuente de peligro en ciertas condiciones.⁹

Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, García Rivas, Ferré Olivé y Serrano Pie de Casas definen al garante como determinado sujeto que tiene un deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado típico.¹⁰

Jakobs define al autor del delito de omisión impropia como el titular del deber de responder que se evite el resultado (deber de garante).¹¹

Si bien la doctrina judicial peruana en esta materia se encuentra en plena elaboración, puede señalarse que recoge el concepto de garante desarrollado. La Corte Suprema de la República, a través de la ejecutoria del 18 de junio de 1998, emitida en

la Causa 1384-98, definió al garante como el sujeto que tiene una relación con el objeto de tutela penal derivada de deberes de protección o de control de las fuentes de peligro.¹²

3.2 Fuentes y funciones de garantía

Para establecer si el director de una sociedad anónima tiene la condición de garante es necesario fijar si existe alguna fuente reconocida por el ordenamiento jurídico que le asigne alguna función con relación al bien jurídico lesionado, por ejemplo con la vida y la salud de los asistentes a un establecimiento comercial, como la discoteca Utopía.

La cláusula de equivalencia (fórmula de extensión de punición) del artículo 13 establece dos fuentes de funciones de garantía.¹³

Fuentes de las
funciones
de garantía

Fuentes formales: la ley, el reglamento, el estatuto, el contrato, etcétera.

Fuentes materiales: la vinculación con el bien jurídico, la creación o administración de fuentes de peligro.

8 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial". *Cuadernos de Derecho Judicial* VII. Lima: CGP, 1994, p. 60.

9 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte general. 5.ª edición. Barcelona: Tecfoto, 1998.

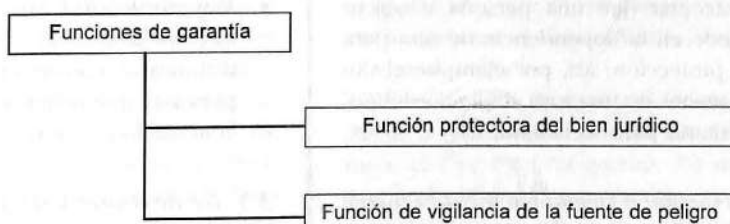
10 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y José Ramón SERRANO PIEDECASAS. *Lecciones de derecho penal*. Parte general. 2.ª edición. Barcelona: Praxis, 1999, p. 180.

11 JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 968.

12 ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal, 10 años de jurisprudencia sistematizada*. Lima: Idemsa, 2001, p. 78.

13 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de omisión impropia*. Lima: Juristas Editores, 2002, p. 80.

Las fuentes formales o materiales pueden generarle al sujeto las siguientes funciones:



3.2.1 Función protectora del bien jurídico

Ciertas personas tienen la función de garantizar la integridad del bien jurídico por encontrarse dentro de su esfera de dominio, como consecuencia de una relación familiar, social o por la conducta voluntaria de la persona; tales garantes asumen el compromiso de evitar que el bien jurídico sea puesto en peligro o lesionado. Si estos garantes, como consecuencia de una conducta contraria al derecho, producen el resultado típico, responderán como autores del delito de omisión impropia.^{14, 15, 16}

Existen tres tipos de fuentes de generación de la función de protección de bienes jurídicos:

- *Deberes de garante generados por relaciones familiares.*- Se trata de obligaciones que provienen de la convivencia familiar, que abarca también el concubinato. Para el establecimiento del deber

de garante como consecuencia de relación familiar, es necesario establecer el vínculo de dependencia para la protección de un bien jurídico (se debe establecer una situación real en la que la vida de un pariente dependa de la actuación de un familiar), y la existencia real de la comunidad de vida entre el omitente y el familiar afectado (se debe establecer no una relación familiar formal tan solo, sino que esta se viva en la realidad).¹⁷

- *Deberes de garante generados por el ejercicio de una profesión, ocupación, oficio, empresa, etcétera.*- La aceptación social de actividades riesgosas tiene su correlato en el establecimiento de ciertas exigencias para su ejercicio; por ejemplo, al médico se le permite trabajar con la vida y la salud de las personas a cambio de llevar a cabo una buena práctica de la medicina.¹⁸

14 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Op. cit., p. 186.

15 MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 309.

16 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001, p. 150.

17 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Op. cit., p. 186.

18 MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 310.

- *Deberes de garante generados por la aceptación de específicas funciones de protección.* Origina posición de garante el aceptar que una persona u objeto quede en la dependencia de otra para su protección; así, por ejemplo, el depositante de una joya depende del depositario para su cuidado.¹⁹

3.2.2 Función de vigilancia de una fuente de peligro

La garantía de salvaguarda de los bienes jurídicos puede ser consecuencia de la exigencia de control de determinadas fuentes de peligro que la persona ha creado o respecto de las cuales tiene el rol de administrarlas.²⁰

Existen tres supuestos de producción del deber de control de una fuente de peligro:

- *El actuar precedente.*- Quien ha provocado mediante una conducta precedente antijurídica una situación de peligro para un bien jurídico, asume el deber de evitar que el peligro se convierta en lesión.^{21, 22}
- *El deber de control de fuente de peligro que opera en el propio ámbito de dominio.*- La persona que dentro de su esfera de dominio tiene una fuente de peligro, como instalaciones, maquinarias, etcétera, es responsable de que no se

produzca una situación de peligro o daño de bienes jurídicos de las personas que las utilizan.²³

- *Responsabilidad por la conducta de otras personas.*- En determinadas condiciones se convierten en garantes las personas que tienen el deber de vigilar la actuación de otras.^{24, 25}

3.3 Los directores son garantes al tener la función de administración de la sociedad anónima

La imputación penal en el ámbito empresarial se establece aplicando los principios que regulan la organización del proceso productivo (de la empresa) y los criterios que determinan la responsabilidad penal.²⁶

La aplicación de los principios que regulan la organización de la empresa tiene su fundamento en la consideración que las soluciones jurídicas no pueden prescindir de lo que el derecho es: realidad, valor y norma.²⁷

La consideración de la realidad, de lo que es la empresa, exige utilizar las reglas de organización, las normas de su "vida" o "existencia", para responder a la pregunta: ¿quién es responsable por el delito cometido desde la empresa?²⁸

La respuesta a la pregunta requiere de identificar a la persona que actúa como ti-

19 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit., pp. 280-282.

20 MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 312.

21 Ibidem, pp. 312-316.

22 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 110-114.

23 MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 316.

24 Ibidem.

25 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Op. cit., pp. 114-132.

26 CUADRADO RUIZ, Marfa Ángeles. *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 106.

27 REALE, Miguel. *Introducción al derecho*. Madrid: Pirámide S.A., 1984, pp. 69-71.

28 GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*. Parte general. Lima: Universidad de Piura/ARA Editores, 2003, pp. 333-392.

tular de la empresa, en otros términos, a quien dentro de esta corresponde asignarle el rol de empresario.²⁹

La necesidad de partir de la realidad empresarial para aplicar correctamente el derecho penal ha llevado a la jurisprudencia alemana a reconocer como método para alcanzar tal finalidad la utilización de criterios extraídos del derecho societario o del derecho empresarial, por cierto, "tratándolos" o compatibilizándolos con los principios del derecho penal.³⁰

La formulación de la imputación penal en el ámbito de la empresa tiene que partir de los criterios que establece la Ley General de Sociedades; por cierto, no hay que limitarse a ellos, hay que conjugarlos con los principios del derecho penal, pero es imposible prescindir de estos.³¹

En la Ley General de Sociedades se establece qué órgano administra las sociedades, determinándose su competencia. Este precepto es una norma de orden público, por lo que las personas que desarrollan actividad empresarial a través de la sociedad mercantil deben observarla; su correcta organización trasciende el interés de los socios; la colectividad requiere que las sociedades funcionen conforme a reglas establecidas.

La administración de la sociedad se realiza a través de una estructura interna formada por órganos cuyas competencias están reguladas por la ley y el estatuto.^{32, 33}

Los órganos de administración están integrados por personas que no tienen la

condición de representantes de la sociedad en el sentido de que corresponde a una relación mandante-mandatario o poderdante-apoderado, que se constituye entre personas distintas, el representante es distinto al representado.

En el caso de la sociedad se actúa mediante la representación orgánica; el accionista, el director o el gerente no intervienen en la sociedad como personas individuales sino como partes de un órgano, con el que tienen la vinculación que existe entre el cuerpo y el brazo.

Cuando los integrantes de un órgano social actúan no expresan su voluntad, sino que forman la voluntad de la persona colectiva.³⁴

La sociedad "vive" o "existe" a través de sus órganos de administración, que realizan las acciones de gobierno, gestión y representación conforme al objeto social; los órganos de administración desarrollan la actividad empresarial de la sociedad anónima.³⁵

El funcionamiento de la sociedad mediante órganos integrados por personas y la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a la persona colectiva, exige considerar que si bien la persona jurídica es la titular de la empresa, o si se prefiere el "empresario", "dueño del negocio", etcétera, para efectos penales los integrantes de los órganos que tienen la función de administración de la sociedad anónima asumen el rol de "empresario".

29 CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Op. cit., p. 106.

30 *Ibidem*, p. 107.

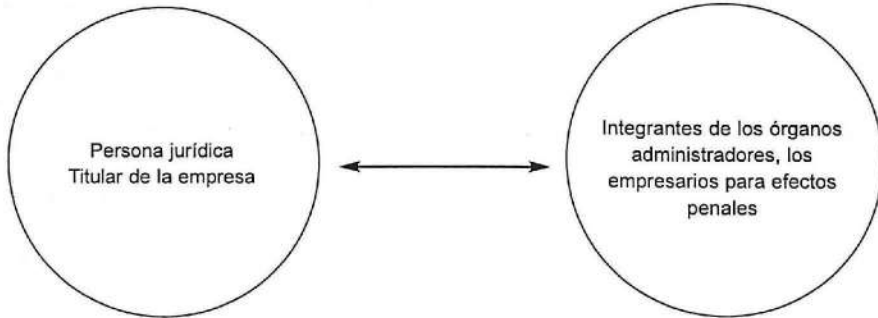
31 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. cit., p. 59.

32 ELÍAS, Enrique. *Derecho societario peruano. Ley General de Sociedades del Perú*. Tomo II. Lima: Editorial Normas Legales, p. 410.

33 MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*. 2.^a edición. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1977, p. 29.

34 ELÍAS, Enrique. Op. cit., p. 411.

35 *Ibidem*.



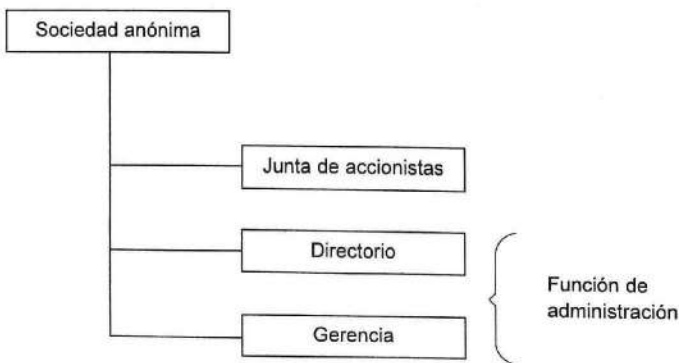
La sociedad anónima tiene tres órganos: la junta de accionistas, el directorio y la gerencia. La Ley General de Sociedades asigna la función de administración a los dos últimos.

El directorio y la gerencia son los órganos de administración de la sociedad anónima; en la Ley General de Sociedades se les asigna el gobierno, la gestión y la representación, que constituyen las potestades que integran la función de administración de la sociedad.

El artículo 152 de la Ley General de Sociedades establece que la administración de la sociedad se encuentra a cargo del directorio y de la gerencia.

Enrique Elías define al directorio como el órgano de gestión y representación de la sociedad anónima.³⁶

El padre del derecho comercial peruano Ulises Montoya Manfredi también define al directorio como el órgano de gestión, administración y representación de la sociedad anónima.³⁷



36 ELÍAS, Enrique. Op. cit., p. 412.

37 MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. cit., pp. 29-30.

El directorio tiene competencia para ejercer las tres potestades que implica la administración de la sociedad anónima, la gerencia solamente para dos; puede compartir con el primer órgano la gestión y la representación, *no así el gobierno*, salvo el caso de formas societarias como la sociedad anónima cerrada que admite funcionar sin directorio de establecerse así en el estatuto.

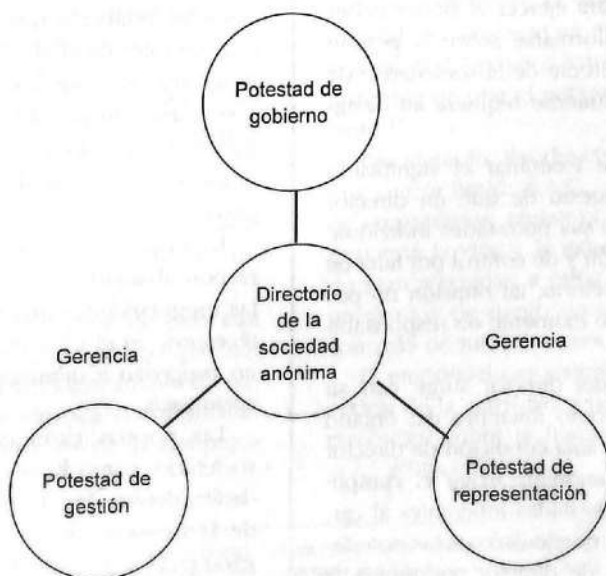
Por ejemplo, en el caso de la discoteca Utopía, una cuestión jurídica por resolver es la del órgano de la sociedad responsable de la decisión de ponerla en funcionamiento; la solución requiere fijar si tal decisión constituyó un acto de gobierno, de gestión o de representación. El inicio del funcionamiento de la discoteca y sus condiciones, al constituir *la única actividad* de la sociedad anónima, resultó un acto de gobierno, por lo que se produjo en el ámbito de competencia del directorio.

El directorio, al ser órgano administrador, determina que sus integrantes asuman el rol de empresarios para efectos de la formulación de la imputación penal.

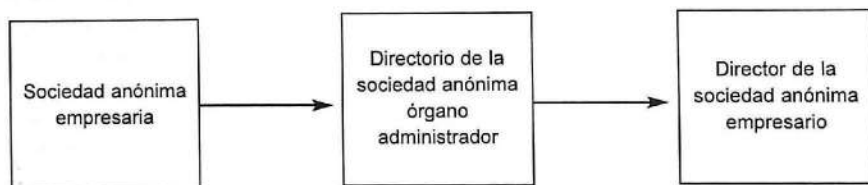
Los directores de la sociedad anónima son los empresarios en el ámbito del derecho penal.

El director como administrador de la sociedad anónima tiene dos tipos de potestades:

- *Potestades orgánicas.*- Principalmente de gobierno, que el director ejerce de forma colegiada a través de los acuerdos del directorio.
- *Potestades individuales.*- De información, de control y de oposición a las decisiones de los demás administradores.³⁸



38 CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Op. cit., pp. 110-111.



Por ejemplo, en el caso de la discoteca Utopía, el director de Inversiones García North S.A.C. tenía la potestad individual de pedir información al gerente sobre las condiciones de seguridad en las que funcionaba el establecimiento comercial, o de controlar si los espectáculos de fuego que se realizaban contaban con medidas de seguridad contra incendios.

El ejercicio de las potestades individuales de información y de control no tiene como condición la reunión del directorio; tal exigencia sí correspondería para el caso de las potestades orgánicas.

El director, para ejercer el poder deber (potestad) de informarse sobre la gestión que realiza el gerente de la sociedad o de su control, únicamente requiere su designación como tal.

Es importante examinar el significado jurídico del supuesto de que un director no haya ejercido sus potestades individuales de información y de control por falta de reunión del directorio; tal omisión no podría operar como eximente de responsabilidad penal.

La potestad del director surge con su nombramiento como miembro del órgano administrador; la sola condición de director de la sociedad anónima exige el cumplimiento de las potestades inherentes al cargo, por lo que el no ejercicio de las potestades individuales de director constituiría la causa de la relevancia penal de la omisión.

El director asume la función de administración y el rol de empresario por efec-

to de la designación, no por el ejercicio del cargo.

La responsabilidad del director tiene su fundamento en haber sido designado como tal; el no ejercicio del cargo operará, según el motivo, como agravante, atenuante o eximente de responsabilidad.

En otros términos, la falta de ejercicio del cargo de director no lo libera de la función de garante que nace de su designación, pues es por esta que se le atribuye la condición de administrador y el rol de empresario.

El artículo 177 de la Ley General de Sociedades establece que los directores son responsables ilimitada y solidariamente ante los terceros por los daños y perjuicios que ocasionen por acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto, que realicen con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

La disposición citada establece que la responsabilidad de los directores alcanza a las irregularidades que cometieron sus antecesores en el caso de que al conocerlas no procedan a denunciarlas a la junta de accionistas.

Las normas extrapenales del derecho societario, como la Ley General de Sociedades, determinan a uno de los elementos de la omisión impropia, la condición de garante; el resto será ubicado en el tipo penal abierto que describe el delito de comisión por omisión objeto de la operación de encuadramiento.

Mascheroni establece dos causas de responsabilidad de los directores: el deficiente desempeño del cargo y la violación de la ley, el estatuto o el reglamento.^{39, 40}

La sociedad anónima hace empresa mediante sus directores; son ellos los empresarios a efectos de la formulación de la imputación penal.

Como se adelantó en un párrafo anterior, la imputación penal en el caso del delito desde la empresa requiere partir de criterios societarios o empresariales para luego "tratarlos" en el ámbito del derecho penal.

En el derecho penal, al director de la sociedad anónima se le formula imputación penal porque *la asignación del rol de empresario lo convierte en garante por administrar una fuente de peligro*.

La organización y puesta en funcionamiento de un establecimiento comercial, como la discoteca Utopía, a la que asiste el público a comprar bienes o servicios, es considerada una fuente de peligro por ser una actividad socialmente riesgosa.

El director de la sociedad anónima, como empresario, asume el compromiso que supone realizar una actividad empresarial que es calificada inicialmente como riesgo permitido: la utilidad social de la empresa y el control del riesgo mediante la observancia de las normas de seguridad que regulan la actividad empresarial.⁴¹

La reunión de centenares de personas en un local comercial en el que pueden producirse incendios, es una fuente de peligro que debe ser vigilada o controlada. Supuesto que en el caso de la discoteca

Utopía se verificó plenamente; el salón comercial cerrado se destinó a la venta masiva de servicios recreativos que abarcaban espectáculos de fuego; la denominada "Fiesta Zoo", que se realizó el día de la tragedia, fue proyectada para más de mil asistentes.

Los empresarios tienen la función de protección y vigilancia de bienes jurídicos, están obligados a organizar el establecimiento comercial de tal manera que su funcionamiento no ponga en peligro la vida y la salud de los clientes.

La condición de garante del empresario social se fundamenta en el *poder de organización y dirección sobre la actividad económica que se realiza a través de la sociedad anónima*. El empresario organiza y dirige el proceso de producción o distribución de bienes y servicios que se efectúa en el mercado con finalidad lucrativa.⁴²

Por tener el empresario el poder de organización y dirección de la fuente de peligro que constituye el establecimiento comercial, se convierte en garante de la vida y la salud del público asistente, y es el responsable de que el peligro no se haga patente.⁴³

Por ejemplo, los directores de Inversiones García North S.A.C., en su condición de empresarios, tenían el deber de garantizar que la vida y la salud de los clientes no sean afectadas, a pesar de realizarse espectáculos de fuego en un local cerrado con más de mil asistentes.

El empresario es garante por la organización de la actividad y por el dominio (la dirección) sobre la fuente de producción

39 MASCHERONI, Fernando H. *El directorio en la sociedad anónima*. Buenos Aires: Cangallo, 1978, p. 109.

40 MASCHERONI, Fernando H. y Roberto A. MUGUILLLO. *Régimen jurídico del socio*. Buenos Aires: Astrea, 1996, pp. 118-119.

41 CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Op. cit., p. 133.

42 Ibidem, p. 131.

43 Ibidem, p. 132.

del resultado; las potestades de organización y dirección generan la función de vigilar que el ejercicio de la actividad empresarial, pese a ser riesgosa, no afecte los bienes jurídicos de los consumidores.

Cuadrado Ruiz dice que el empresario es garante por las obligaciones legales extrapenales que la normatividad le impone para vigilar los peligros en su ámbito de dominio, dada su relación con el bien jurídico protegido.⁴⁴

Bacigalupo Zapater precisa que dos elementos son los que fundamentan la condición de garante que se analiza: a) la existencia de un deber jurídico extrapenal, y b) el dominio real sobre la fuente de peligro.⁴⁵

En conclusión, queda demostrado que el director de una sociedad anónima es garante y por tanto puede ser autor de un delito de omisión impropia, como el homicidio, que es objeto del proceso penal que se sigue a los miembros del directorio de la sociedad anónima Inversiones García North.

El mejor homenaje a las víctimas de la tragedia de la discoteca Utopía es, como dicen sus padres, lograr que la historia no se repita, para lo cual es fundamental que los jueces determinen el significado legal que tiene la violación diaria de normas de seguridad que realizan empresarios que hacen comercio o industria con una mortal regla: ¡la crisis económica y moral justifica hacer empresa "ahorrando" con la seguridad de la vida y la salud de los consumidores!

44 *Ibidem*, p. 148.

45 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Op. cit.*, p. 59.