

UN PANORAMA SOBRE LAS DISTINTAS ESTRATEGIAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS EMPRESARIALES

CLAUDIO JAVIER RITTER*

Fecha de entrada: 05/03/2010.

Fecha de publicación: 18/03/2010.

Resumen: En el presente trabajo se pretende desarrollar un panorama respecto de las distintas estrategias con las cuales es posible sustentar la atribución de responsabilidad a los directivos de las empresas por los delitos cometidos durante el desarrollo del objeto social de la misma; circunscribiéndonos al caso de las “asociaciones lícitas”. Procurando describir el esquema conceptual sobre los cuales se asientan dichas estrategias y los problemas de aplicación que presentan.

I.- La empresa moderna (o, mejor dicho, la parte de ellas que –por su poder- hoy más nos preocupa) constituye una estructura organizada en base a la combinación de dos planos: uno horizontal, sostenido en el principio de la división del trabajo; y otro vertical, sustentado en el principio de jerarquía. En virtud del primero se establecen una marcada compartimentación de las competencias. Por el segundo, una rigurosa estratificación de los canales de circulación de la información y la comunicación.

Ambos planos, a su vez, se combinan entre sí: no todas las áreas de competencia tienen la misma jerarquía y, a su vez, dentro de un mismo estrato, no todos sus componentes tienen la misma competencia.

La estrategia de comunicación dentro de la empresa, respeta ese complejo entramado: las órdenes y la información fluyen desde los estratos superiores a los inferiores, según las necesidades de cada sector y/o de cada ejecutor; todo, claro está, en función del preconcebido esquema general de actuación empresarial.-

Ello determina tres problemas concatenados: (1) una marcada diferenciación entre el que ejecuta la actividad empresarial y los que toman las decisiones sobre esa actividad; (2) una notoria dificultad para detectar al concreto responsable de esa decisión; y (3) dificultades para verificar dentro de ese entramado comunicativo el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos tradicionalmente exigidos para la imputación de autoría y/o participación en el delito.

* Abogado, Escribano, Especialista en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Nacional de La Plata.

Todo lo cual desemboca en la dificultad mayor que implica atribuir responsabilidad a los directivos o administradores de la empresa; esto es, no a quienes ejecutan de modo visible la actividad considerada ilícita, sino a los que la ordenan, planifican y/o de algún modo contribuyen a la estructuración del plan delictivo ¹.

II.- En torno a esta problemática, se discute acerca de la eficacia de los distintos instrumentos de imputación que usualmente emplea la dogmática para imputar a cada sujeto considerado responsable según lo que se considera “su obra”.

1.- Como expusimos en la introducción, el principal problema se advierte con el empleo del tradicional concepto de autor. Pues -reiteramos- en el ámbito empresarial habitualmente corresponde a personas distintas la decisión generadora del injusto y su ejecución.

Esta escisión impide la imputación a título de autor respecto de aquellos sujetos que toman la decisión pero no ejecutan, si se emplea la teoría “formal objetiva” ²; pues está claro que dichos sujetos no ejecutan total o parcialmente la acción típica de las figuras de la parte especial.

2.- Frente a dichos inconvenientes, algunos recurren a la teoría “del dominio del hecho”.

Así, se pretende imputar el hecho a aquellos directivos de la empresa que deciden la realización de un delito en el ámbito de la empresa pero no realizan acciones ejecutivas, por la circunstancia de que dentro de la misma controlan y dominan el grupo de personas que actúan luego de la toma de decisión y hasta la ejecución de la acción empresarial considerada delictiva. Discriminando según se trate de un ejecutor “responsable” (caso en se imputa el

¹ Este es mi particular centro de interés: la actuación coordinada dentro de una asociación “lícita”. Y me parece importante destacarlo porque advierto –en un juicio provisorio- cierta flexibilización en el análisis de las categorías “autoría” y “participación”. Y ello ocurre -me parece- porque se está pensando en la dificultad probatoria de los delitos cometidos por las poderosas asociaciones criminales que constituyen el objeto de máxima preocupación de la sociedad europea (terrorismo y narcotráfico principalmente). Creo que la diferenciación debe ser absolutamente clara, ya que las estrategias de punición en unas y otras bien pueden ser distintas. Ciertamente, me preocupa que se empleen en este ámbito estrategias emparentadas con el “derecho penal del enemigo” que importen un adelanto de punibilidad o que no respeten los principios constitucionales de “culpabilidad por el acto” y “responsabilidad por el hecho propio” (que no siempre es lo mismo).-

² Edgardo Alberto Donna *sindica*, como adherentes a dicha concepción, a Sebastián Soler, Ricardo Nuñez y Luis Jiménez de Asúa (“Derecho Penal. Parte General” Tomo V – Ribinzal-Culzoni editores, 2.009 – pág. 348 nota n° 58). Puede corroborarse la adhesión de Sebastián Soler en “Derecho Penal Argentino” T II (TEA, 5ª edición, 10ª reimpresión total actualizada por Guillermo Fierro) #54 página 286; de Ricardo Nuñez en su “Tratado de Derecho Penal” (Lerner, reimpresión de 1.988) página 280. Allí se advierte en toda su magnitud el tradicional problema de imputación en este ámbito; pues se trata de lo más selecto de la denominada doctrina penal clásica argentina, de aceptación generalizada por nuestra jurisprudencia hasta bien entrada la década del ’80 del siglo pasado y, en muchos ámbitos no actualizados, de permanente consulta hasta el día de la fecha.-

delito al empresario a título de coautor) o de un “ejecutor irresponsable” (donde se recurre al concepto de “coautoría mediata”) 3.

Más allá de lo que luego se dirá en torno a la autoría “mediata”, cabe preguntarse en qué casos existe en el ámbito empresario “dominio del hecho”. Porque una cosa es invocarlo desde el punto de vista sistémico, explicando “el ser” de la dinámica empresarial y las estrategias de gestión posterior a la toma de la decisión; y otra cosa muy distinta es desarrollar jurídicamente que, en un caso en concreto, la decisión “x” de los directivos (“d”) discurrió sucesivamente por los canales administrativos “c1”, “c.2”, “c.3” hasta llegar al ejecutor “e”; y que, luego de todos esos vericuetos, “d” mantuvo el dominio del hecho. Ello, claro está, más allá de que no siempre la decisión ilícita se plasma de modo claro, sino que muchas veces el acto ilícito surge como una consecuencia –más o menos directa- de una decisión económica o financiera inocua 4.

Como todos sabemos, pero no está demás recordarlo para precisar los conceptos sobre los cuales estamos trabajando, la teoría del “dominio del hecho” plantea –con diferencia de matices según quien la exponga- que es autor aquel que mantiene el hecho en sus manos (eso es “dominar el hecho”); es decir quien, con su voluntad, puede hacer que avance la realización típica o detenerla: que tenga –*per sé*- la potestad *material* de detener la ejecución del delito antes de la producción del resultado. Llegados a este punto no podemos perder de vista que esta teoría, aún cuando contenga mayores elementos normativos de imputación, no se escinde –afortunadamente- de modo absoluto del nexo causal de imputación. Entonces, todavía debe demostrarse que ese sujeto que no fue ejecutor material del hecho que generó el resultado, siguió ejerciendo –conforme a su rol dentro de la empresa- un manejo y vigilancia que le permitía, en primer lugar, conocer y estar al tanto del desarrollo del curso causal que

3 Conf. Francisco Muñoz Conde: “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?” Caps. IV y V (en www.cienciaspenales.net).-

4 Por ejemplo, frente al hecho concreto de verter desechos tóxicos de la empresa en las aguas del “Riachuelo”, la decisión desencadenante de la acción no figurará así tan clara en los libros de actas de la Asamblea o el Directorio. En su lugar habrá una o varias decisiones que expondrán la necesidad de “optimizar los recursos de la empresa”, de “reducir costos” para “re direccionar recursos” procurando una mayor capitalización y/o responder a las “impostergables demandas salariales”. Más luego, vendrá un “ejecutivo” de inferior rango que resolverá dentro del marco directriz previo, que la compra de un nuevo filtro para el tratamiento de tales desechos constituye un gasto postergable y, por tanto, no autorizará su compra. Quizá en forma paralela a la decisión de la Asamblea o el Directorio, el departamento contable de la misma, habrá difundido entre los distintos “ejecutivos” encargados de los distintos departamentos de esa Empresa un “memorando” donde informa que se ha fijado como meta “para el corriente año” la reducción de un determinado porcentaje del presupuesto de gastos del ciclo anterior y que, en caso de no cumplimentarse dicha meta en cada área, se reducirá el premio anual por utilidades que la empresa comparte con sus ejecutivos.-

estaba tomando el suceso y, además, que con su sola manifestación de voluntad -siempre y en todo momento- le resultaba posible detener la maquinaria empresarial y, con ello, frenar la producción de ese resultado.

A ello corresponde agregar dos nuevos obstáculos concatenados. En primer lugar, que tratándose de un ejecutor “responsable”, debe tenerse en cuenta la posible colisión del principio de la “responsabilidad por el hecho propio” (de modo que, salvo expresa dispensa legal, no se puede excluir de responsabilidad al ejecutor y “saltar” al directivo)⁵.

A partir de ello, debiendo reprocharse “coautoría” del ejecutor y del directivo, debe corroborarse la circunstancia de que, con independencia de lo que cada uno hizo (y de que se pueda imputar coautoría a quien nada hace), debe estar presente en la cabeza de todos ellos el **mismo** plan delictivo. Pues no puede perderse de vista que cada coautor debe ser “...*subjetivamente, coportador de la decisión común, y, objetivamente, completar con su aportación los aportes de los demás, configurando un hecho unitario...*” ⁶.

Más allá de ello, otros afirman que conceptualmente la “coautoría funcional” se adecua a un esquema delictivo donde impera la “división del trabajo”; lo cual resultaría incompatible con la estructura jerárquica que rige la relación entre el directivo y el ejecutor.

Frente a todos estos inconvenientes, y por citar un ejemplo, Eduardo Demetrio Crespo descarta la “coautoría” como método de atribución de responsabilidad, por considerar –junto a otras razones- que se incurre en una excesiva normativización del concepto de autoría ⁷.

3.- Cuando se califica al “ejecutor” de “no responsable” por el hecho, se recurre a la figura del “autor mediato”, lo cual presenta los siguientes inconvenientes:

a) La estructura tradicional de esta forma de imputación plantea que el autor comete el hecho por medio de otro ser humano al que utiliza como mero instrumento. Y ello ocurre, según este esquema conceptual, cuando el “autor mediato” domina la voluntad del sujeto “inmediato” aprovechando la mayor información que posee, la mayor inteligencia, o un estatus diferente; de modo tal que pese a realizar el hecho “interpósita persona”, se concluye en que -por imperio de tales armas que lo ponen en un plano de superioridad- ha dominado el curso del hecho ilícito.

⁵ Pues, de otro modo, por lógica exclusión estaríamos hablando de sujeto “irresponsable”.-

⁶ Edgardo Alberto Donna: “Derecho Penal. Parte General” Tomo V – Ribinzal-Culzoni editores, 2.009 – pág. 360.-

⁷ “La posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados” (en www.ciidpe.com.ar – Área Temática nº 1).-

La doctrina es conteste en afirmar que esta estructura de imputación se logra cuando el autor “inmediato” del hecho ha obrado bajo los efectos de error, coacción y/o inimputabilidad.

Está claro que lo precedentemente expuesto constituye una construcción teórica de la dogmática destinada a resolver un problema de carácter netamente axiológico⁸. En efecto, si nos atuviéramos al esquema de imputación tradicional, nos encontraríamos con la “irresponsabilidad” del que realiza la acción típica descrita por la figura y allí se detendría el proceso imputativo porque el que está detrás no interviene en la acción y, tampoco puede ser llamado instigador porque esta figura exige un autor responsable. Eso lo consideramos injusto porque advertimos que, detrás del ejecutor, existe un sujeto responsable que se ha aprovechado de esa irresponsabilidad. Decimos entonces, que autor es quien está detrás del autor material⁹.

Sentada la base ya de por sí problemática sobre la cual debe discurrir el análisis, vemos que además la aplicación de tales supuestos en la actividad empresaria también tiene sus problemas particulares. Excluidos los casos del obrar de un dependiente inimputable¹⁰, respecto de los restantes, conviene detenerse a meditar algunas cuestiones.

Invocar las particulares relaciones de poder que surgen dentro de la estructura empresaria para sostener la exclusión de responsabilidad del “ejecutor dependiente” bajo la figura exculpante de “coacción” resultaría, a mi criterio, poco justificable conforme a las exigencias del art. 34 inc. 2º del C. Penal. Pues el temor al despido (aún con la añadidura de la inserción en su foja curricular de una “mala referencia laboral”), seguramente será considerado un “mal”, probablemente pueda ser entendido como “inminente”; pero, difícilmente, pueda adecuarse al concepto de “gravedad” que se toma como parámetro para considerar que impidió al autor obrar del modo legalmente debido.

⁸ Si nuestro sistema penal constituye un conjunto de “ilicitudes discontinuas”, la imposibilidad de imputar un hecho no puede constituir una laguna o vacío legal. Sólo llegamos a esa conclusión porque no nos gusta o nos parece “injusto”. Pues bien, eso es simplemente un problema axiológico. Lamentablemente, nuestra dogmática no lo expone de esa manera sino que lo exhibe como una subcategoría natural de la palabra de clase “autoría”. Así, por ejemplo, Donna (obra citada, pág. 361), Soler (obra citada, # 54 pág. 287).-

⁹ Porque era un problema de “lege ferenda”, por ejemplo, el Código Penal español incluyó la autoría “mediata” como un supuesto de “autoría” en el art. 28. Lo que celebra José Cerezo Mir (“Curso de Derecho Penal Español. Parte General” T III –tecnos, 2.001-) describiendo el problema que soluciona: “...*el autor mediato no realiza la acción típica y no es posible castigarle siempre como inductor o cooperador necesario, aunque se parta del criterio de la accesoriadad mínima...*” (pág. 214).-

¹⁰ Porque difícilmente se dará en la práctica y, en el caso que ocurriera, podrá surgir responsabilidad como garante por omisión de vigilancia o en la elección del personal.-

Pero aún el caso de “ejecutor irresponsable” más factible de imaginar dentro de la actividad empresaria (la actuación del dependiente por “error”), presenta sus obstáculos para ser empleado de un modo generalizado.

En primer lugar, porque aún admitiendo la factibilidad del error como consecuencia de la concentración de la información relevante en la superioridad jerárquica o en virtud de su compartimentación (con la consiguiente dificultad para alcanzar una comprensión global de la situación generadora de la ilicitud); todavía es posible desafectar de esa invocación la actuación del dependiente en el marco de una actividad empresaria considerada riesgosa o, ni qué hablar, cuando la actividad es manifiestamente repudiable desde la más mediana y razonable percepción social ¹¹.

En segundo lugar, todavía debe demostrarse que el/los directivo/s considerado/s responsable/s, reúne/n las condiciones necesarias para ser considerado “autor detrás del autor”. Así: -1º- que ha sido el generador del error en el sujeto o, cuanto menos, quien creo las condiciones necesarias para hacer que el dependiente cayera en el mismo; -2º- que lo empleó como medio para obtener el fin buscado; y -3º- que mantuvo el dominio del hecho desde el tramo inicial de planeamiento de la situación de error hasta la concreta ejecución del resultado.

El problema será entonces que, en la mayoría de los casos, el ejecutor será considerado responsable y, por ende, “autor”; correspondiendo entonces a los estratos directivos superiores la aplicación de la figura de la “coautoría” y/o la instigación (por lo que el problema inicial planteado, vuelve a fojas cero).-

Por último, como lo advierte Cerezo Mir ¹², también deben despejarse de la autoría mediata los casos de “delitos imprudentes”; hipótesis imputativa del hecho muy común de hallar en el ámbito de la actividad empresaria.

b) Los problemas descriptos precedentemente, han llevado a algunos a invocar la “teoría del dominio mediante aparatos organizados de poder” formulada por Claus Roxin ¹³.

b.1) Como primera medida, conviene tener presente el concreto desarrollo efectuado por su creador, para tener en claro a qué problemas pretendía dar solución. Ello, a su vez, nos

¹¹ Difícilmente pueda invocar error el operador de un “volquete” que vuelca su carga de residuos en un curso de agua –naturalmente- pública.-

¹² Obra citada, pág. 218.-

¹³ Por ej. José Daniel Cesano (“Las personas jurídicas y las formas básicas de vinculación con el delito: estrategias para su represión y críticas” #4 punto “2.2” en www.ciidpe.com.ar –Área Temática n° 1).-

permitirá establecer si el diagnóstico de situación es “trasladable” al ámbito empresarial y, con ello, si la solución es –también– “trasladable”; más luego, si es útil.

Según se advierte en “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal” 14, Roxin se plantea si frente al caso de exterminio de los judíos por el régimen nazi, las autoridades del mismo hubieran podido ser acusadas bajo el concepto tradicional de “autoría mediata”, respecto de los asesinatos perpetrados en virtud de órdenes suyas. Concluyendo en forma negativa, pues en esos casos no existía “dominio de la voluntad” por coacción o error (pág. 268).

No obstante, entiende que sí existe un supuesto de “autoría mediata por dominio de la voluntad” fundado “...en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa...” (pág. 270). Pues “...el funcionamiento peculiar del aparato...está a disposición del sujeto de detrás...despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor...” (pág. 270). De tal modo que “...el sujeto de detrás que se siente a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global...” (pág. 270).

De modo que, a su juicio, el “...factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos...reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor...el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiabile a voluntad...” (pág. 270).

En estos casos de empleo de un “ejecutor fungible” por parte de un “aparato organizado de poder”, “...no falta pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presente como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer...” (pág. 271).

14 Traducción de la 6ª edición alemana hecha por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Ed. Marcial Pons, 1.998).-

Por último aclara, en lo que aquí interesa destacar, que este esquema de poder sobre el subordinado “...sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás...” (págs. 274 y 275).

Si trasladamos la transcripción efectuada precedentemente a nuestros conceptos dogmáticos usuales, vemos claramente que –pese a lo que dice la doctrina 15- la tesis de Roxin no constituye un supuesto de autoría mediata (insisto, al menos conforme a nuestro esquema conceptual tradicional); por cuanto el “autor inmediato” sigue siendo responsable, lo que resulta **incompatible** con el tradicional entendimiento de esta figura de imputación 16. Pareciera, pese al lugar donde lo trata, que Roxin no se ocupa tanto de encasillar su teoría, sino de exponerla como problema: se asemeja a los casos tradicionales de “autoría mediata” por el esquema organizativo que sirve de marco a la actuación; pero, como el ejecutor sigue siendo responsable, considera necesario advertir que no se trata de una hipótesis de “inducción”¹⁷.

Precariamente, se me ocurre que su posición se asemeja más a un supuesto de “coautoría”, donde el “jefe supremo” ejerce un “dominio funcional del hecho” por medio del “aparato organizado de poder” y el “ejecutor fungible” domina materialmente el hecho con su propia actuación¹⁸.

15 Según lo que he visto, lo exponen como un supuesto de “autoría mediata”: Maximiliano A. Rusconi (“Derecho Penal. Parte General” –Ad Hoc, 2007- pág. 436), Edgardo A. Donna (obra citada, pág. 378 y sigs), Carlos Julio Lascano –h- (“Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales” en www.ciidpe.com.ar – Área Temática n° 1), Francisco Muñoz Conde (obra citada, capítulo II), Eduardo Demetrio Crespo (obra citada, punto I), José Daniel Cesano (“Las personas jurídicas y las formas básicas de vinculación con el delito: estrategias para su represión y críticas” #4 punto “2.2” en www.ciidpe.com.ar –Área Temática n° 1).-

16 Y ello no es una mera exigencia de preciosismo terminológico. Pues, como vimos antes, el concepto mismo de “autoría mediata” constituye una extensión del concepto de autor no autorizada expresamente por la ley. Ahora, se le pretendería adosar, porque no entra en las reglas tradicionales de la participación, una nueva forma de coactuación delictiva.-

17 Ver pág. 269 punto III.-

18 Cuando Cerezo Mir, desarrolla el tema de la “coautoría”, alude a esta posibilidad: “...el que tiene el dominio funcional del hecho lo realiza conjuntamente con aquellos que ejecutan algún elemento del tipo...” (obra citada, pág. 224/5). Otro tema será si esa forma de entender el “concepto” resulta aplicable a nuestro sistema penal.-

Muñoz Conde¹⁹, cuando admite este esquema en el delito de alzamiento de bienes, lo llama “coautoría mediata”. Sin embargo, y como lo reconoce el mismo autor, Roxin objeta esa catalogación dentro del concepto de “coautoría” porque: (1) no se da una decisión común al hecho, (2) falta una ejecución común, (3) olvida que la coautoría responde a una estructura relacional de tipo horizontal mientras que la “mediatización” responde a una de carácter vertical.

b.2) Sin embargo, muchos rechazan la aplicación de este esquema conceptual al ámbito de la delincuencia empresarial.

El primero en hacerlo es el propio Roxin. Y lo hace con fundamento en que su teoría descansa en el presupuesto de que el “*aparato organizado de poder*” necesariamente debe estar situado al margen del Derecho; pues esa característica es lo que otorga el poder que detenta el superior respecto del ejecutor “fungible”²⁰.

Frente a la posición del propio creador, se sostiene que en muchos sectores como evasión de impuestos, estafas de crédito y de inversión, contaminación ambiental, financiación de partidos políticos, blanqueo de capitales, abuso de información privilegiada, etc., es cada vez más difícil señalar dónde están los límites entre una estrategia de mercado legal y otras actitudes de carácter criminal; y que, por tanto, no sería razonable desechar esa teoría simplemente por ese fundamento ²¹.

Es por ello que la mayoría de los que rechazan la aplicación de esta teoría, destacan que en la organización empresarial no existe el funcionamiento automático ni la estructura jerárquica rígida que describe Roxin; y, sin ello, tampoco puede surgir en forma plena la calidad “fungible” del ejecutor ²².

4.- La figura de la “instigación” también presenta problemas.-

Pero, a mi modo de ver, ellos no pasan porque constituya un impedimento la “instigación en cadena” ²³. Actuación que se puede imaginar como usual en el ámbito empresarial, dada la división de funciones y la forma en que circula la información y –con ello- las directivas en la misma. Creo, entonces, que no constituiría un obstáculo la

¹⁹ Obra citada, cap. IV.-

²⁰ “...puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás...” (obra citada, pág. 275).-

²¹ Muñoz Conde (obra citada, cap IV).-

²² Carlos Julio Lascano -h- (obra citada, págs. 34 y sigs).-

²³ Cerezo Mir (obra citada, pág. 242) frente a una redacción equivalente del art. 28 del C.P.E., dice que no es posible.-

circunstancia de que la idea criminal fluya desde los directivos a los ejecutores pasando por uno o varios canales intermedios.

En nuestra dogmática, se sostiene la posibilidad de la “instigación en cadena” con interpretaciones divergentes. Eugenio Zaffaroni ²⁴, por ejemplo, interpreta que el adverbio “directamente” limita la instigación a aquellos casos en que la misma se realiza de forma clara y de modo “psíquicamente directo”; esto es, que se pueda rectamente establecer que la idea criminal del instigado ha sido generada por obra del instigador. Sebastián Soler ²⁵, sostiene que la expresión exige que la instigación esté psíquicamente dirigida a un hecho determinado.

De todos modos, creo que en la misma defensa de la situación, radica el problema. Pues ambos autores ponen su acento en las específicas exigencias de la figura.

En primer lugar, **debe ser el instigador quien ejerza influencia sobre la dirección del comportamiento del instigado**. Esto es, debe existir un “emisor” que emita un “mensaje” (la idea criminal) y, del otro lado, un “receptor” de ese mensaje (es decir: de esa idea criminal). Aunque no constituya obstáculo la presencia de “intermediarios” (que recepten y retransmitan esa **misma** idea criminal), cierto es que el objeto comunicacional debe ser tan unívoco que permita advertir que la esencia criminal ha permanecido indemne durante los sucesivos pasos comunicacionales. Si en algún paso de esa circulación de la comunicación, se altera de algún modo el mensaje criminal inicial, ya no existirá instigación –al menos- del emisor originario.

Esa me parece, resulta ser la exigencia mínima; lo que ya constituye un problema (básicamente de prueba) porque, salvo en una sociedad delictiva –y no estamos hablando de una- las ideas criminales no se resuelven y se transmiten de un modo nítido, directo y explícito.

Pero también pueden hipotizarse otros inconvenientes. Por ejemplo, si hace a la figura de la instigación la necesidad de que el instigado conozca que el mensaje criminal proviene del “emisor inicial” o le alcanza con saber que proviene de su superior inmediato. También puede conjeturarse como problema, si merece el mismo reproche por instigación la actuación de los estratos intermedios que simplemente “retransmitieron” el mensaje criminal sin hacerle modificaciones al mismo; en tales casos: ¿puede caber una imputación por participación secundaria?.

²⁴ “Manual de Derecho Penal. Parte General” -Ediar, 6° edición, 1.991- pág. 595.-

²⁵ Obra citada, # 57 pág. 327.-

5.- Por último –entre los problemas de imputación que pretendo abordar- algunos recurren a la figura de la “comisión por omisión” u “omisión impropia”²⁶.

La estructura de imputación se asienta sobre las siguientes bases:

* Que se acredite en el empresario “dolo” o “imprudencia” respecto del tipo objetivo imputado.

* Tiene por objeto atribuir responsabilidad a los directivos por la no evitación de hechos delictivos cometidos por sus empleados, cuando se hallaban en una situación en que hubieran **podido y debido** hacerlo.

* El fundamento de la posición de garante se sustenta en la existencia de un deber de vigilancia sobre una fuente de peligro. En función –a su criterio- de la posibilidad de dominio sobre esa fuente de peligro (porque conlleva una mayor restricción de la imputación).

* Sólo debe tratarse de “delitos vinculados al establecimiento” cometidos con ocasión de la actividad que desarrolla la empresa (quedan excluidos los cometidos por los subordinados con extralimitación de sus funciones). Pues sólo en tales casos puede hablarse de dominio de los superiores sobre la base de la organización jerárquica de la empresa, que descansa sobre el poder de dar órdenes y en el acopio de información que caracteriza el conocimiento del superior.-

* Pero **no** todo delito cometido por los empleados, dentro de ese marco de garantía, hará responsable al superior. La responsabilidad del superior no procede cuando:

** El subordinado es un sujeto plenamente responsable. Pues en esos casos también rige el principio de “responsabilidad por el hecho propio”; si un elemento de la empresa es objetivamente “no peligroso” y se genera un daño o peligro para bienes jurídicos de terceros luego de su manipulación por el empleado, la posición de garantía la ejerce quien ha manipulado el objeto. Por el contrario, el superior será responsable pese a la autorresponsabilidad del ejecutor, cuando la actividad de la empresa es riesgosa. En esos casos, se dice que el principio de autorresponsabilidad no se contrapone con el deber del empresario de vigilar la fuente de peligro y –por ende- de quienes la manipulan.

** Existe delegación lícita de competencias (porque se produce una mutación del sujeto responsable: el sujeto delegado se transforma en el destinatario de la norma penal). Ello siempre y cuando se hubieren dado los siguientes requisitos:

*** No se hubieran delegado los riesgos generales de la actividad propia de la empresa.

²⁶ Por ejemplo Eduardo Demetrio Crespo (obra citada). De quien extracto las ideas que expondré a continuación, simplemente para ilustrar el esquema conceptual de este tema.

*** La persona delegada reúna las condiciones de idoneidad requeridas para gestionar la actividad delegada.

*** No se incrementa de algún modo, a través de la delegación, el riesgo de lesión a bienes de terceros. Ya sea que se conozcan al momento de la delegación; o que surjan posteriormente.

Sin analizar la estructura interna de la tesis, a priori se advierte cuatro problemas externos a la misma.

En primer lugar, la admisibilidad constitucional de esta forma de imputar, conforme a la estructura de nuestros tipos penales. En efecto, no causa agravio constitucional la redacción de tipos con esta característica (un ejemplo lo constituye, para algunos, el art. 106 C.P.); el problema es que, una teoría de esta característica, pretenden instalar una especie de forma ampliada de imputación que –por vía de interpretación– de los tradicionales tipos comisivos extiende el reproche por la causación del resultado pese a la inacción del agente, en función de una posición de garante que se le adjudica en base deberes extrapenales no expresamente establecidos por la norma penal. Ello constituye una clara violación al principio de legalidad y resulta incompatible con el carácter fragmentario de la ilicitud penal 27.

En segundo lugar, si bien puede parecer fácil efectuar una imputación objetiva de la omisión, enumerando exigencias normativas incumplidas, no es tan fácil efectuar precisiones respecto del curso causal y, mucho menos, en torno a la imputación subjetiva por ese resultado. Como refiere Maximiliano Rusconi 28 “...*la idea misma de dominio del hecho, de dominabilidad, o de conducción del curso lesivo, forma parte inescindible de cualquier modelo de imputación normativo, está claro que presenta en el ámbito de los delitos omisivos serias dificultades para hacerse presente o, por lo menos, visible. El agente al cual se le imputa una omisión ostenta una muy débil (¿inexistente?) conducción del curso lesivo. El autor omisivo, en algún sentido, sólo domina su propia renuncia a la injerencia salvadora, pero no tiene ningún dominio sobre el devenir del aumento de riesgo...Ahora bien, ésa es la razón por la cual el dolo presente en el tipo subjetivo de la fundamentación del ilícito de las*

27 Conf. Maximiliano Rusconi (obra citada, pág 401/3), quien transcribe numerosos párrafos de la opinión en el mismo sentido expuesta por Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar en su “Derecho penal. Parte General” (Ediar, 2000); de los cuales considero relevante transcribir lo siguiente: “...*en la ley penal no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía in malam partem. Por dende, conforme a toda la tradición legislativa, no hay referencia alguna a la omisión que permita inferir la posibilidad de construir analógicamente estos tipos judiciales...*”.-

28 Obra citada, pág. 398.-

omisiones, por lo menos en su faz cognitiva, se manifiesta con una debilidad conceptual llamativa...” (el desarrollo continúa en las páginas siguientes con citas de Armin Kaufmann y Stratenwerth).

En tercer lugar, que esta teoría se autoexcluye en un número importante de hechos ilícitos de alta significación económica, en los cuales la actividad de la empresa no resulte en sí misma riesgosa (por ejemplo, casos de evasión fiscal, ilícitos bancarios, lavado de dinero, cohecho a funcionarios). Salvo, claro está, que se apele a aquellas teorías de la “imputación objetiva” que pretenden instalar como base de la imputación el “incremento del riesgo por encima de lo permitido” en el ámbito del injusto doloso²⁹; de modo que toda la imputación penal (tanto la dolosa como la imprudente) se maneje por un único modelo conceptual ³⁰.

La cuarta objeción que se me ocurre, es que se trastoca completamente el sentido por el cual se hubo creado esta –ya de por sí discutible- teoría y, además, se mantiene insoluble el problema que genera la actuación conjunta de varios sujetos en el *iter crimis* de la empresa.

En efecto, la figura de “comisión por omisión” se construyó dogmáticamente para solucionar el problema de la “madre que no amamantó a su hijo y que, con ese no-hacer, generó su muerte” ³¹. La misma pretende dar solución a casos donde hay inmediatez entre la no-conducta del sujeto y el resultado, vinculándolos en virtud de especiales deberes que ponen a ese sujeto en una posición de garante. Ese era el único punto de utilidad de esa teoría y, por otra parte, de lo único que se ocupaba.

Pero me parece que no sirve (porque no fue concebida para ello) para abordar los problemas de actuación de varios sujetos en el hecho; de eso se ocupa la “coautoría”, la “participación” y la “autoría mediata”. Creo que esta teoría no se hace cargo del verdadero obstáculo imputativo que significa la sucesiva cadena de sujetos intervinientes desde la “decisión” y hasta la “ejecución”; formulando, con la imputación al “dirigente” desde el resultado cometido por el ejecutor, un verdadero salto al vacío (al no existir entre uno y otro, un nexo jurídico que los vincule de un modo causalmente directo). Pues, difícilmente pueda decirse que el directivo que está en la cúspide de una “multinacional” tenga un efectivo poder de vigilancia sobre el transportista de la substancia nociva que se ha derramado accidental o dolosamente. En las empresas donde está el verdadero problema, se difumina las cadenas de

²⁹ Por ejemplo, Maximiliano Rusconi (obra citada, pág. 193/4).-

³⁰ Siempre me pareció un exceso de normativismo calificar como “elevación de riesgo” el disparo doloso con el que “A” mata a “B”.-

³¹ Ello, claro está, sintetizando el argumento de un modo muy tradicional (pues existen construcciones que ponen su acento en las notas “omisivas”).-

vigilancia y solo podrá establecerse un concreto deber de vigilancia en el superior inmediato del ejecutor. Con independencia de ello, aún cuando puede establecerse una concreta posición de garante, ¿de qué manera puede reprocharse el control del curso causal hacia el resultado por medio de la simple omisión?

Ahora bien, esa omisión de vigilancia, ¿en cuantos casos no podría reformularse como una omisión pura enmarcada dentro de un delito imprudente?; máxime cuando esta teoría se ha declarado circunscripta al ejercicio de una actividad riesgosa por parte de la empresa.-

Por último ¿qué pasa con aquellos casos donde el directivo puso en marcha con su decisión la cadena de actuaciones que desembocó en la ejecución de una conducta ilícita?. ¿Donde está la omisión si fue un acto positivo?.

Estos interrogantes justifican lo que denomino “salto al vacío”. Porque esta teoría sigue sin ser una solución para el mismo problema de siempre: la imputación a título de coautores para sujetos que despliegan conductas distintas (muchas de ellas no constitutivas de la figura penal involucrada), todo ello en el marco de una confluencia de deberes distintos y ámbitos de competencias también disímiles.

III.- He desarrollado la exposición precedente, procurando -al menos- no confundir los planos de análisis sobre los que discurre la discusión dogmática.

La dogmática es un “metalenguaje”; es decir, un discurso que discurre sobre otras palabras (se supone que sobre las palabras de la ley). Pero ello no siempre queda claro en quienes emprenden esta tarea. A pesar de su manifiesta adhesión al derecho legislado, la dogmática subrepticamente cumple con la función de reformular ese derecho al que adhiere; proponiendo precisiones para sus términos vagos, completando sus lagunas, resolviendo sus incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos. Al mismo tiempo, mantienen la sensación de seguridad jurídica al sostener que las soluciones propuestas no suponen modificación alguna del derecho positivo, sino que derivan implícitamente de él. En realidad lo hace de manera *encubierta*, utilizando un aparato conceptual que cumple la función de hacer aparecer las soluciones originales que ella propone como si derivaran de algún modo (no siempre de la forma más clara) del derecho positivo.

Ello genera consensos y disensos aparentes entre los dogmáticos. Pues las palabras que emplean para construir esas conceptualizaciones no solo padecen los mismos vicios sino que además admiten usos diversos cuya variación no siempre se aclara ³².

³² Una apretada síntesis de las enseñanzas de Carlos Santiago Nino (en “Introducción al análisis del Derecho” –

Partiendo de tales premisas, he procurado desarrollar el tema del modo que lo expone el discurso dogmático, describiendo los problemas que me fueron surgiendo de la propia interrelación de conceptos. Siempre, claro está, en el plano del metalenguaje.-

La tarea que aún queda pendiente, es verificar si alguna de esas herramientas conceptuales se adecuan a las formas ampliadas de imputación establecidas por el Código Penal en el Título VII del Libro Primero.

Tengo para mí que, por describirse en el Libro Segundo los tipos de autor, en el Título VII sólo se describen distintas formas ampliadas de imputación; de modo que, no debe buscarse en el artículo 45 un concepto de “autor”. Partiendo de dicha idea, advertimos que en dicho artículo además de establecer la figura de la “participación primaria” y la “instigación”, es factible encontrar una tercera forma ampliada de la imputación: “los que tomasen parte en la ejecución del hecho”³³. Pues, lo cierto es que el art. 45 habla de “*tomar parte en la ejecución del hecho*” y, de seguido, “*prestar al autor o autores auxilio o cooperación*”. Ambas frases están separadas por la conectiva “o” que tiene una función sintáctica ambigua: puede incluir o excluir las proposiciones, multiplicando los supuestos que las mismas describen.

Siendo ello así, podría resultar útil analizar si un esquema conceptual equivalente al “dominio de aparatos de poder” ideado por Roxin, permite dar contenido normativo a “tomar parte” y “ejecución del hecho”, de modo tal que permita afirmar que el directivo con su acción u omisión ha dado inicio al “hecho delictivo” y, de ese modo, ha “tomado parte”.

Propuesta que, claro está, no pretende erigirse como directa emanación de la ley, sino como un desarrollo conceptual que pueda resultar útil a un determinado criterio de lectura de la ley que, obviamente, responda a particulares objetivos de política criminal.

IV. Bibliografía

- **Cerezo Mir, José:** “Curso de Derecho Penal Español. Parte General” T III (tecnos, 2.001).
- **Cesano, José Daniel:** “Las personas jurídicas y las formas básicas de vinculación con el delito: estrategias para su represión y críticas” (www.ciidpe.com.ar –Área Temática n° 1).
- **Copi, Irving M.:** “Introducción a la lógica” (Eudeba, 1.994).

Astrea, 6° reimpresión de la 2° edición- capítulos V y VII) e Irving M. Copi (“Introducción a la lógica” – Eudeba, 1.994- capítulo II). En cuyas ideas pretendo sustentar el esquema de mi análisis.-

³³ Aunque con distinta significación, Ricardo Nuñez (“Tratado de Derecho Penal” Tomo II -Lerner, reimpresión de 1.988- pág. 284), encuentra también una tercera forma de ampliación.-

- **Demetrio Crespo, Eduardo:** “La posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados” (www.ciidpe.com.ar – Área Temática nº 1).
- **Donna, Edgardo Alberto:** “Derecho Penal. Parte General” Tomo V (Rubinzal-Culzoni editores, 2.009).
- **Lascano, Carlos Julio (h):** “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales” (www.ciidpe.com.ar – Área Temática nº 1).
- **Muñoz Conde, Francisco:** “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?” (www.cienciaspenales.net).
- **Nino, Carlos Santiago:** “Introducción al análisis del Derecho” (Astrea, 6º reimpresión de la 2º edición).
- **Nuñez, Ricardo:** “Tratado de Derecho Penal” (Lerner, reimpresión de 1.988).-
- **Roxin, Claus:** “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal” (Traducción de la 6ª edición alemana hecha por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo -Ed. Marcial Pons, 1.998-).
- **Rusconi, Maximiliano A.:** “Derecho Penal. Parte General” (Ad Hoc, 2007).-
- **Soler, Sebastián:** “Derecho Penal Argentino” T II (TEA, 5ª edición, 10ª reimpresión total actualizada por Guillermo Fierro).
- **Zaffaroni, Raúl Eugenio:** “Manual de Derecho Penal. Parte General” -Ediar, 6º edición, 1.991.