

## INTRODUCCIÓN

A nadie escapa que en las últimas décadas, el delito dejó de ser subproducto de los negocios para tornarse un negocio en sí mismo.

La imagen de éxito asociada a la riqueza dineraria promovió, aún en los estratos sociales más elevados, la búsqueda del enriquecimiento fácil y rápido.

En este escenario prorrumpe la empresa ofreciendo innegables “ventajas” a los ambiciosos amoraes y defraudadores aprovechados, traducidas sobre todo en la difuminación de responsabilidades criminales.

En efecto, el modelo comercial empresarial se construye sobre la división del trabajo y la distribución jerarquizada de funciones. Esta participación atomizada de los dependientes y factores, ocasiona que los aportes de cada quien sean primariamente irrisionarios y en apariencia desconectados entre sí.

Todo ello habitualmente deriva en la práctica imposibilidad de localizar a los culpables individuales.

De esta forma, al amparo del principio *societas delinquere non potest*, prevalece la impunidad de las personas físicas encubiertas por el velo societario.

Por lo demás, amén de que las compañías se instrumenten como “mantos de invisibilidad para delinquir”, la actividad empresarial naturalmente arriesga bienes jurídicos de terceros por los peligros propios de la gestión mancomunada y tecnicada, alguno de cuyos engranajes o mecanismos desde luego puede desatinarse perniciosamente. En estos casos se plantean idénticos problemas de imputación penal.

De hecho, el fenómeno de la colectivización de la vida social encuentra también correspondencia en el plano delictual, con la intervención mancomunada de múltiples agentes en el ilícito.

Pero no sólo la pluralidad de sujetos activos complica la intervención sancionatoria en la empresa; también la complejidad en el nexo causal. La línea de causalidad no es “limpia” como en los delitos personales o individuales; los procedimientos corporativos aparejan una

extraordinaria interconexión de factores causales que definitivamente dificultan atribuir el daño a alguna de entre tantas causas. El desconcierto se incrementa cuando se injieren compañías transnacionales y holdings, que además tienen sus sedes en distintos territorios y bajo diversas legislaciones.

Hace años, el paraguayo ansioso de despojar a otro de su fortuna, lo esperaba entre matorrales y le asestaba un machetazo huyendo después sobre su caballo; hoy crea sociedades fantasma, desfigura balances y escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil.

Estas nuevas modalidades criminales surgidas al amparo de las empresas difícilmente podían encajarse en los tradicionales institutos penales, pensados para situaciones "estandarizadas", poco complejas y previsibles.

De esta forma, la corporación "se descubre" por el Derecho Penal como un centro susceptible de generar o favorecer la práctica de hechos punibles.

Nace entonces el Derecho Penal Empresarial o Corporativo, cardinalmente preocupado por repartir y prorratear culpas por los delitos imbricados en la estructura societaria y conexos a su gestión.

Este trabajo apenas pretende enunciar conceptos introductorios de manera escueta. Un estudio acabado de cada ítem llevaría volúmenes y volúmenes. De muy pocas ramas del Derecho Penal puede decirse tanto.

De todo lo expuesto se derivan dos preguntas básicas atinentes a la criminalidad empresaria: ¿quién responde por los delitos perpetrados desde la estructura corporativa? y ¿cuáles son los criterios para adjudicar participaciones delincuenciales en organizaciones compartimentadas, fragmentadas y jerarquizadas como las empresas?.

## 1-) **DERECHO PENAL ECONÓMICO.**

El Derecho Penal Económico y el Derecho Penal de la Empresa guardan una íntima cercanía, aún cuando no constituyan idéntica rama. Pese a su especialidad, el Derecho Penal Empresarial participa de los condicionamientos sociales, normativos y metodológicos de la categoría mayor que constituye el Derecho Penal Económico.

De este modo, Derecho Penal Económico viene a ser el género y Derecho Penal de la Empresa la especie.

Conviene introducirnos brevemente en el todo para luego ingresar de lleno a la parcela.

Resulta harto dificultoso conceptuar al Derecho Penal Económico. Y es que la disciplina abarca una extraordinaria variedad de materias en el Derecho Comparado. Son válidas entonces, las expresiones del maestro **KLAUS TIEDEMANN**: *“A pesar de los numerosos y prolongados esfuerzos científicos dedicados a la ciencia del Derecho, a la Criminología y al Derecho Penal, los conceptos “Derecho Penal Económico” y “delito económico” no son claros ni unívocos, especialmente en el ámbito de las investigaciones comparadas. Por ejemplo, cuando los españoles hablan de “delitos económicos”, los ingleses de “business crimes”, los franceses de “délits d’affaires”, los suecos de “ökonomisk brotsliget” y los alemanes de “wirtschaftsdelikte”, no se alude a un mismo asunto”*<sup>1</sup>.

En términos generales, cuando se emplean las expresiones “Derecho Penal Económico”, “Derecho Penal Socio – Económico” o “Derecho Penal de la Economía” no se pretende evocar un Derecho Penal distinto, sino una categoría especial asentada sobre la naturaleza particular del objeto de protección.

Ahora, sin merma de lo que antecede, decididamente nos enfrentamos a una familia delictiva que ofrece peculiaridades o características específicas y distintivas respecto de las inconductas tradicionalmente sistematizadas por el denominado Derecho Penal Nuclear (pluralidad e indeterminación de víctimas, multiplicidad de nexos causales, superposición de conductas penalmente relevantes, apelación constante a leyes penales en blanco, intromisión de corporaciones para ocultar culpas personales, etcétera).

Esta circunstancia nos persuade de que es forzosa una autonomía científica frente al Derecho Penal clásico. En algunos casos se verán matizaciones o correcciones a institutos tradicionales, pero en otros se construirán principios de imputación distintos a los acostumbrados. *“Se trata de una especialidad del Derecho Penal que en gran medida*

---

<sup>1</sup> KLAUS TIEDEMANN, “Poder económico y delito”, traducción de AMELIA MANTILLA VILLEGAS, Ariel, Barcelona - España, 1.985, Pág. 9.

*encuentra solución en la dogmática general del Derecho Penal, pero que sin embargo requiere además soluciones no previstas en ella, en función de características especiales de los delitos de esta clase”<sup>2</sup>.*

Semejante panorama resulta comprensible por la proliferación de hechos punibles extraños al catálogo ordinario del Derecho Penal. Se desembocó así en una situación de tensión, al intentar proyectar sobre remozados delitos económicos modelos pensados para la exégesis de los delitos tradicionales.

### 1.1-) **CRITERIOS DE CONCEPTUALIZACIÓN.**

Son varios los criterios ensayados para procurar una definición lo suficientemente abarcativa de las múltiples y hasta heterogéneas cuestiones involucradas.

Según creemos, la noción de Derecho Penal Económico entraña numerosos componentes especializados que aunque relativamente disímiles, no están separados de manera contundente pudiendo cohabitar.

#### 1.1.1-) **CRITERIO STRICTÍSIMO.**

Hacia la década del 40 (del pasado siglo), los franceses sustentaron esta postura. El Derecho Penal Económico se limitaba a las infracciones contra las directivas estatales sobre precios. El 30 de junio de 1.945 se promulgó una Ordenanza que penaba, entre otras, prácticas de precios ilícitos y contravenciones a las reglas de publicidad de precios.

#### 1.1.2-) **CRITERIO ESTRICTO.**

Este temperamento se acuña entre las dos Grandes Guerras. Derecho Penal Económico era la parte del Derecho Penal que tutelaba y garantizaba las medidas de dirección estatal en el sector económico.

En otros términos, era la disciplina que reforzaba con intimidación sancionatoria el entonces riguroso derecho gubernamental de dirección y control mercantil. Se destacaban

---

<sup>2</sup> ZULITA FELLINI, “Derecho Penal Económico”, separata de VARIOS AUTORES (ZULITA FELLINI – Coordinadora), “Temas de Derecho Penal Económico y responsabilidad de las personas jurídicas”, Grün Editora, Buenos Aires – Argentina, 2.004, Pág. 53.

los siguientes aspectos: programación macro – económica, competencia, ingreso de capital extranjero, banca, destino del crédito, tasas de interés, procesos productivos, distribución y circulación de mercaderías, control de precios.

En América (mayormente al menos), el control implacable de bienes y precios pertenece a la historia. Luego, la definición actualizada envolverá fenómenos de otro tipo.

#### 1.1.3-) **CRITERIO AMPLIO.**

Su bosquejo se obtiene de discernir que el Derecho Económico está formado por las normas que regulan la producción, fabricación y reparto de bienes económicos.

Para distinguir los delitos económicos de los patrimoniales simples, se introduce la exigencia del “bien jurídico supraindividual o social”, aún cuando se añada, concurrentemente, la protección del particular, consumidor o competidor.

De acuerdo a esta perspectiva, el Derecho Penal Económico se caracteriza por comprender infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico, que trascienden la dimensión puramente individual y se proyectan sobre intereses generales o de amplios sectores o grupos de personas.

Se destaca el llamado “efecto resaca o de espiral”. El delito económico produce un daño tan importante que obliga a la víctima a trasladar sus dificultades, creando así nuevos perjudicados (por ejemplo, el vaciamiento de un Banco afectará directamente a los depositantes, pero terminará damnificando a los acreedores de éstos cortando las cadenas de pagos).

#### 1.1.4-) **CRITERIO CRIMINOLÓGICO.**

La Criminología fue el primer sector científico preocupado por este fenómeno. Encontró formas delincuenciales caracterizadas por autores de castas elevadas e instrumentación de la actividad profesional.

No existe sin embargo un acuerdo estricto sobre los potenciales culpables. Para algunos, el espectro se circunscribe a personas de gran poder adquisitivo, especialmente a los altos ejecutivos; ya es célebre la frase de **EDWIN SUTHERLAND**: “*El grupo más*

*poderoso de la sociedad medieval obtuvo inmunidad relativa del castigo gracias al beneficio del clero y ahora nuestro grupo más poderoso obtiene inmunidad relativa por el beneficio del negocio o más generalmente, por el status social alto”*<sup>3</sup>. Para otros, se injieren también los funcionarios públicos y profesionales altamente calificados (*occupational crime*).

Debe atenderse a que los criterios jurídicos y criminológicos no coinciden. Mientras para el jurista la noción de delincuente económico se cimienta en la adecuación a determinados tipos penales, para el criminólogo la caracterización devendrá del estudio antropológico del infractor.

Para la Criminología, si el autor se adecua a un patrón prefijado, poco importará que los bienes lesionados sean individuales o colectivos.

Es evidente que personas con los requisitos criminológicos para reputarse delincuentes económicos (grandes señores, acaudalados, etcétera), no necesariamente contravendrán intereses colectivos. A la inversa, delincuentes ajenos a la tipología podrán menoscabar bienes jurídicos generales.

#### 1.1.5-) **CRITERIO VINCULADO A LA EMPRESA.**

Es evidente que las cuestiones empresariales sirvieron para delimitar la competencia dogmática del Derecho Penal Económico.

*“En ese sentido, hoy se considera criminalidad económica a la criminalidad de la empresa, entendida ésta como la célula esencial en la estructura y desarrollo económicos”*<sup>4</sup>.

Empero, opinamos que el Derecho Penal de la Economía es mucho más amplio. *“La distinción característica que presenta el Derecho Penal de la Empresa viene dada por el sujeto interviniente en la misma: la corporación organizada de modo empresarial.*

<sup>3</sup> EDWIN SUTHERLAND, “El delito de cuello blanco”, traducción de ROSA DEL OLMO, Universidad Central de Venezuela, Caracas – Venezuela, 1.969, Pág. 41.

<sup>4</sup> CARLOS PÉREZ DELVALLE, “Introducción al Derecho Penal Económico”, separata de VARIOS AUTORES (ENRIQUE BACIGALUPO – Director), “Derecho Penal Económico”, Hammurabi, Buenos Aires – Argentina, 2.000, Pág. 29.

*En este orden de ideas, aquéllo que le da especificidad al Derecho Penal Empresario dentro del Derecho Penal Económico es la calidad del sujeto interviniente”<sup>5</sup>.*

1.1.6-) **CRITERIO VINCULADO A LOS MODERNOS INSTRUMENTOS DE LA VIDA ECONÓMICA.**

Para sistematizar a los delitos económicos se utiliza también como aglutinante el abuso de modernos instrumentos de la vida económica, verbigracia: tarjetas de crédito, cheques, medios informáticos, etcétera.

1.1.7-) **CRITERIOS PROCESALES.**

Las pautas procesales serían “de segundo grado”, o sea, complementarias de las sustantivas.

1.1.7.1-) **LA PRUEBA COMPLEJA.**

Se sostiene que son delitos económicos los hechos punibles patrimoniales cuya prueba se procura superando desproporcionadas dificultades financieras o de tiempo. Así, se persiguen como tales ilícitos pecuniarios clásicos que presentan dificultades en la investigación y requieren conocimientos especiales ajenos a los Tribunales ordinarios.

Esta perspectiva derivó en la creación de Judicaturas y Fiscalías técnicas y especializadas.

1.1.7.2-) **LA CUANTÍA.**

Aunque a veces mezclada con la anterior, esta perspectiva circunscribe el delito económico a las inconductas que aparejan un perjuicio patrimonial excesivo (normativamente determinado). Justamente, es uno de los criterios que adopta la Fiscalía paraguaya de Delitos Económicos para definir su competencia.

---

<sup>5</sup> JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, “El Derecho Penal en la actividad económica”, Editorial Ábaco, Buenos Aires – Argentina, 2.000, Pág. 68.

## 1.2-) DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL ECONÓMICO.

Como advertimos, creemos que sólo una definición descriptiva sería lo suficientemente inclusiva. En efecto, dado que su contenido es diverso y cambiante, el Derecho Penal Económico sólo podría definirse completo puntualizando las materias consensuadas de su competencia en un momento jurídico – histórico determinado.

A pesar de ello, el rigor metodológico nos exige un concepto dogmático - crítico, que proponga lineamientos estables para concretar lo que puede incluirse y lo que debe excluirse de la disciplina.

En vía de principio, existe acuerdo para distinguir básicamente, un concepto estricto de otro amplio (ambos referidos *supra*).

En primera instancia se estudió al Derecho Penal Económico como la asignatura destinada a proteger el orden económico dirigido o intervenido por el Estado.

Esta posición restringida no sólo confunde “orden económico” con una determinada forma de intrusión gubernamental, sino que reduce exageradamente la materia a infracciones fiscales, monetarias, de contrabando y a las que afectan la determinación y formación de precios, asilándola de los casos en que el Estado renuncia a intervenir en el ámbito mercantil. Adicionalmente presenta una concepción totalitaria, utilizada para reforzar políticas dictatoriales. Y es que aparece como un modo más de intervencionismo, particularmente el más grave por involucrar al *ius puniendi*.

Desde esta óptica, delito económico era la infracción que lesionaba o peligraba la actividad directora, interventora y reguladora del Estado en la economía.

Cuando se observa el panorama actual, resulta evidente que prevalece la adhesión a una concepción amplia, consecuencia de múltiples factores; entre ellos: el predominio evidente de la economía de mercado y la decadencia del dirigismo estatal.

En su acepción extensiva y mayoritariamente receptada en nuestros tiempos, Derecho Penal Económico “(...) es el conjunto de normas jurídico penales que protegen



*el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”<sup>6</sup>.*

Ya no se trata aquí de perpetuar el direccionismo oficial sino de amparar la economía de mercado.

La diferencia entre una y otra significación responde a tendencias muy distintas sobre el “orden económico” como bien jurídico tutelado. La frase, si bien vinculada en su matriz original a la idea de intrusión gubernamental, se independizó conceptualmente y hoy funciona con cierta comodidad dentro de los parámetros de la era de mercado.

La economía de mercado, llamada también economía de libre mercado o simplemente economía libre, es la que se desenvuelve a través de empresas privadas sin control directo del gobierno. En ella, los principales procesos u operaciones se ejecutan por particulares y la interferencia gubernamental es mínima o al menos, está claramente delimitada por el marco jurídico vigente. En una economía de mercado los intercambios entre individuos son libres y las leyes existen para favorecer y garantizar su cumplimiento. Por tal motivo, cada sujeto entra en acuerdos con los demás ofreciendo los bienes y servicios que posee y demandando los que necesita. Estas infinitas interacciones se generan en un contexto denominado “mercado”, del que surgen precios de equilibrio que garantizan la más eficiente asignación de recursos posible. La competencia que se establece tiende a promover, por otra parte, la división del trabajo, la incorporación de tecnología y, en definitiva, el aumento de la eficiencia e innovaciones.

Podríamos suponer entonces, con apresuramiento, que delito económico es cualquiera que dañifique la capacidad humana de satisfacer sus necesidades materiales eficiente y provechosamente. Empero, nuestra percepción sería demasiado dilatada e imprecisa.

Justamente por eso se introduce como *conditio sine qua non* la afectación a bienes jurídicos supraindividuales.

---

<sup>6</sup> MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, “Concepto y contenido del Derecho Penal Económico”, separata de VARIOS AUTORES (SANTIAGO MIR PUIG Y OTROS – Coordinadores), “Estudios de Derecho Penal Económico”, Livrosca, Caracas – Venezuela, 2.002, Pág. 7.

La proyección conceptual sobre el orden socio – económico, trascendiendo la dimensión puramente individual, será el presupuesto imprescindible para integrar una figura delictiva a esta categoría.

De lo dicho resultan dos cuestiones medulares. Primero, de afirmar que la tipificación económica ampara contextos supraindividuales no debe inferirse que desprotege bienes jurídicos particulares. Segundo, algunos de los clásicos delitos de afectación personal podrán asumir modalidades trascendentes que permitan su caracterización como delitos económicos.

Entonces, son dos las figuras – marco posibles: los delitos que afectan directamente al orden económico colectivo y los que vulneran originariamente bienes jurídicos individuales pero se disparan contra intereses generales, sectoriales o difusos.

Para que nuestra disciplina no se convierta en un “cajón de sastre” deben observarse las siguientes limitaciones: A-) Los delitos involucrados, pertenezcan o no al núcleo tradicional del Derecho Penal, deben ser de índole patrimonial. B-) La conducta debe tener dimensión supraindividual; debe conmover la economía nacional o alguno de sus sectores (como la economía de seguros, el régimen de créditos, etcétera). C-) El autor debe estar cualificado por un rol de orientación económica (empresario, empleador, administrador, contribuyente, etcétera) o bien, el ilícito debe comportar un abuso de medidas o instrumentos de la vida económica (empresa, bolsa de valores, etcétera).

No estamos de acuerdo con incluir en nuestra asignatura al Derecho Penal Laboral, al Derecho Penal Medioambiental o al Derecho Penal Informático como lo hace buena, sesuda y respetable parte de la doctrina.

Tampoco compartimos que deban excluirse los delitos patrimoniales clásicos como propone **CARLOS MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ**<sup>7</sup>. A este gran grupo podrán afiliarse los delitos de insolvencia, los societarios, las estafas, los despojamientos, toda vez que en las condiciones señaladas arriesguen las bases de existencia de la economía.

Si se nos forzara a un definición propia diríamos: el Derecho Penal Económico es la rama del Derecho Penal que estudia los delitos perpetrados por operadores económicos o

---

<sup>7</sup> CARLOS MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, “Derecho Penal Económico – Parte General”, Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 1.998, Pág. 62.

mediante el abuso de instrumentos de la vida negocial, que involucrando alguna cuestión patrimonial o pecuniaria, lesionan o amenazan al orden económico aunque primero afecten bienes jurídicos particulares.

### 1.3-) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

La delincuencia económica no es un fenómeno histórico novedoso. En todo tiempo existieron delitos contra la macro - economía y los Estados amenazaron con pena diversos abusos mercantiles.

Sobre todo en épocas de crisis, el Derecho Penal fue puesto en juego una y otra vez, como auxiliar para la imposición de decisiones político – económicas del Estado.

En la Roma clásica, a fin de asegurar el abastecimiento de cereales, se penaba la especulación y el acaparamiento. **DIOCLESIANO** estableció bajo amenaza de muerte, límites a los salarios y a los costos de mercancías. La omisión de declarar abarrotes o productos en las fronteras acarrearía confiscación.

Un edicto de la emperatriz **MARÍA TERESA DE AUSTRIA** del 18 de enero de 1.757, intimidó con severas sanciones la extracción de cereales y frutas y proscribió a los fabricantes de cerveza el uso de determinados granos.

Por otro lado y ya en el plano dogmático, **PLATÓN** (en “Las leyes”) atribuyó a los gobernantes la potestad de fijar los precios máximos que podían percibirse.

Teólogos y canonistas de la Edad Media como **RAYMUNDO DE PEÑAFORTE**, **ALBERTO EL GRANDE**, **SANTO TOMÁS** y **DUNS SCOTO** elaboraron para impugnar la noción romana de “precio de mercado” (“*res valet quanta vendi potest*”), la fórmula “precio justo” (“*res valet quod valet secundum se*”).

Sin perjuicio de los antecedentes mencionados, la historia nos enseña que el Derecho Penal Económico en sentido propio, sólo comienza a existir cuando aparece la economía dirigida y centralizada. Mientras imperan condiciones que conceden al individuo plena libertad para establecer y hacer cumplir relaciones económicas, el Estado carece de interés para interferirse en el mantenimiento del orden económico.

La raíz moderna del Derecho Penal Económico radica en el fracaso de los esquemas ilimitadamente liberales demolidos por la crisis de 1.929 (*crack* de la bolsa neoyorquina). La depresión comenzó en Estados Unidos de Norteamérica *circa* 1.930. La producción industrial descendió 50%, la de bienes de consumo 75% y la inversión 55%; ocurrieron quiebras en cadena; cerraron bancos; los precios agrícolas se hundieron; se paralizó el régimen de créditos. Sobre cifras de desocupación: en 1.929 se llegó a 4.500.000 personas, en 1.932 a 10.000.000 de personas y en 1.933 a más de 13.000.000 de personas (el 27% de la población activa entonces).

Sin lugar a dudas, era necesaria la presencia contralora del Estado en la economía.

Se puede aducir que el Derecho Penal Económico de época reciente asoma con la Primera Guerra Mundial y se solidifica entre 1.920 y 1.950, Segunda Guerra Mundial mediante.

Desde mediados del siglo pasado es dominante el punto de vista que concreta al delito económico sobre la base del bien jurídico protegido. Son múltiples las variantes desarrolladas, pero todas coinciden en la supraindividualidad de los intereses en juego.

Una corriente centra en la economía total el objeto de protección. Otra atiende al fenómeno de la planificación. Existen también variantes que reparan en las nociones de "libertad económica" o "iniciativa privada". La concepción más difundida y aceptada gira en torno al "orden público – jurídico – económico", con los matices ya explicados *supra*.

### 1.3.1-) **ORÍGEN POLÍTICO.**

La transformación de los Estados agrarios en industriales y comerciales por el liberalismo, requirió la sustitución de las bases económicas estatistas por la libertad de cambio y de comercio, desarrollándose la idea de que, por exigencias de orden natural, todo individuo era titular de sus intereses pecuniarios, debiendo el Estado no sólo protegerlos sino abstenerse de afectarlos.

De acuerdo a esta concepción, la economía debe organizarse según sus leyes instintivas, las que dejadas en libertad, producen el bienestar general. Ello explica una organización basada en la libertad de competencia y de trabajo, en la que el precio de

mercado se concibe como mecanismo natural de asignación de recursos entre los dueños del capital, los empresarios y los obreros.

El liberalismo predicó que el bien común debía alcanzarse mediante la satisfacción de los intereses individuales, desde que la búsqueda de ganancia particular sería el estímulo primario de la producción colectiva.

Como la intervención gubernativa en el intercambio económico se consideraba excepcional, con más razón la ingerencia del Derecho Penal, herramienta estatal más insidiosa de control.

En el nudo sistema liberal, el carácter delictual se reservó para las agresiones a bienes jurídicos naturales o tradicionales (vida, integridad física, propiedad, libertad).

A mediados del S. XIX aparece en escena la filosofía Marxista. La dialéctica materialista se transforma, en el plano político, en el devenir hacia la sociedad sin clases. El comienzo del S. XX será testigo de la revolución bolchevique en Rusia y su rápida expansión a los países de Europa del Este.

En este sistema, el control de la economía se transforma en absoluto, siendo la represión del individuo consecuencia mediata de un ataque a los mismos presupuestos del Estado comunista. Aquí, el Derecho Sancionatorio fiscalizará los procesos productivos y de intercambio.

Por último, las primeras décadas del siglo pasado estarán signadas por el nacimiento de ideas consustanciadas con la superioridad de razas o culturas humanas, terminando en el endiosamiento del Estado y el pervertido concepto de nación (xenofobia alemana y fascismo italiano).

Del choque de ideas resultará una conflagración ecuménica. La Segunda Guerra Mundial pondrá de relieve las deficiencias de estas tres ideologías: el Estado liberal, con su total falta de compromiso hacia el individuo carente de propiedad; el Estado socialista, despreocupado de la autorrealización del proletario; el Estado totalitario, deshacedor y anulador de personalidades.

Un nuevo modelo gubernativo surge de la beligerancia: el Estado social y democrático de derecho. La nueva construcción rescata, en forma dialéctica, lo mejor de la evolución orgánica – estatal. Del Estado liberal asume el respeto a la autonomía individual y del socialista las obligaciones de prestación social.

En este renovado ámbito, la misión del Derecho Penal Económico será, ante todo, vigilar que la libertad económica no se transforme en libertinaje y que las medidas gubernamentales directivas (cuando sean necesarias) puedan efectivizarse.

### 1.3.2-) **ORIGEN DOCTRINARIO.**

En el siglo XX, la Criminología cambiará de paradigma. De una ciencia preocupada por el delincuente (y sus circunstancias genéticas, físicas, psíquicas), mutará otra preocupada por la “sociedad criminógena”.

La incorporación de la delincuencia económica como objeto de conocimiento criminológico sólo fue posible cuando el foco de atención de las investigaciones se desplazó, desde el hombre delincuente y su determinación biológica, hacia una creciente preocupación por la dimensión sociológica de la criminalidad.

El decurso evolutivo es básicamente el siguiente: A-) Se analizó al delito como patología endosada al reo de alguna u otra forma por la sociedad. B-) Se observó que existen catervas delictivas distintas e independientes, con modalidades desviadas condicionadas por el ambiente específico. C-) Se distinguió al delincuente de cuello blanco como parte de un sub – grupo desviado concreto. D-) El análisis del sujeto criminal prologó el estudio dogmático de la delincuencia económica.

Una primera e importante innovación introdujo la llamada “teoría de la anomia”, explayada por **EMILE DURKHEIM** (“La división del trabajo social”) y **ROBERT MERTON** (“Teoría social y estructura social”).

**DURKHEIM** observó que existe criminalidad en todas las sociedades. Discurrió entonces sobre una posible función social de la delincuencia. Si la vida resulta inseparablemente asociada a eventuales conductas irregulares, no puede considerarse anormal la existencia de delincuentes en una comunidad, sino sólo un súbito y caprichoso aumento o descenso de los valores medios. Así llegó a uno de sus más reformadores

postulados: la delincuencia no es exclusiva y excluyentemente negativa para la comunidad. Una determinada cantidad de crímenes denota una sociedad sana. Un grupo absolutamente conforme y sin conductas irregulares sería absolutamente inmóvil y estéril. Para **DURKHEIM**, el crimen es la otra cara de la regulación social y en tal sentido, un fenómeno cuya existencia debe tenerse por normal mientras no se traspasen ciertos límites (no definidos con mucho detalle). Anómala en cambio, desde su punto de vista, es la modificación del carácter y frecuencia de las inconductas.

**MERTON** por su parte, genera un cambio sustancial en la concepción de “desviación social”. En su planteo, la conducta desviada es respuesta normal a ciertas presiones comunitarias y de ninguna manera se debe a la irrupción de impulsos biológicos o instintos mal reprimidos por socialización deficiente. En la estructura cultural, distingue las aspiraciones socialmente institucionalizadas de los medios legítimos para alcanzarlas. Su hipótesis central es que la conducta anómala se considera, desde el punto de vista sociológico, síntoma de una disociación entre las metas culturalmente enseñadas y los caminos coyunturalmente admitidos para conseguirlas. Su versión de la anomia (etimológicamente, “sin norma”) explica la criminalidad desde la discrepancia entre los fines culturales y el acceso que ciertos sujetos tienen a los modos legales de consecución. Nos interesa la explicación que ofrece sobre los delincuentes patrimoniales, aunque todavía asociada a clases menos pudientes: sujetos que se adhieren al éxito financiero como objetivo de la generalidad, empero, sin internalizar las modalidades permitidas de acceso. El delito pecuniario sería una categoría normativa y no una contravención social natural; dentro de todo, el infractor persigue una aspiración comunitaria y sólo tergiversa el camino institucional de conquista.

**EDWIN SUTHERLAND**, en la tercera edición de sus “Principios de Criminología” (1.939), desarrolló la “teoría de la asociación diferencial”. La formación criminal se adquiere agrupación mediante, tanto por imitación como por otros mecanismos inherentes al aprendizaje. La criminalidad sería consecuencia de la apropiación de modelos conductuales delincuenciales en procesos de interacción con otras personas. El adiestramiento en la conducta criminal comprendería tanto las técnicas para delinquir como la específica orientación de los correspondientes móviles. Para los dogmáticos de la anomia, el delito patrimonial aparece por desorganización social, por una contradicción del sistema que por un lado impone estándares de riqueza y por otro no despacha igualitariamente oportunidades. La asociación diferencial refuta el desorden social como explicación y elucida la criminalidad, *a contrario sensu*, desde la organización social. Un grupo puede

organizarse sobre bases benéficas o sobre bases facinerosas. La mayor parte de las colectividades son ambivalentes y las tasas de criminalidad son expresión de una organización diferencial. Esta tesis rompe con el modelo orgánico de comunidad, reputándola un todo fragmentado en micro-grupos, cada uno con su propia jerarquía de valores. Según esta conjetura, la conducta criminal se aprende mediante la comunicación social y en el interior de un grupo restringido donde se establecen relaciones personales. Estas asociaciones tendrán más o menos preponderancia en la formación del individuo, de acuerdo a la frecuencia, duración, anterioridad o intensidad con que se entablen.

Una doctrina emparentada es la de **ALBERT K. COHEN** (*“Delinquent boys”*), para quien el comportamiento delictuoso se origina y desarrolla en una "subcultura criminal". Los grupos de delincuentes producen valores y normas propias opuestas a las reglas de la cultura predominante. Estas pautas sediciosas serían la reacción de quienes están en el extremo inferior de la pirámide social y desarrollan una especie de sociedad de recambio para sí mismos.

Para los doctrinarios del *“labeling approach”* (“teoría del etiquetamiento, de los rótulos o del interaccionismo simbólico”) la mayoría impone siempre lo que debe tenerse por irregular. En su formulación más sencilla, la tesis advierte que el intento por prevenir y castigar una desviación en realidad la genera. El delito no sería un fenómeno autóctono sino un rótulo que la comunidad crea, Derecho Penal mediante, para ciertas personas prejuzgadas por sus condicionamientos marginales.

Las investigaciones de **SUTHERLAND** sobre congregaciones delictuales catalogadas desembocaron en su noción de “delincuente económico” como categoría independiente. Su primer texto sobre el tema fue “El delito de cuello blanco” (1.949). El autor era reticente a recortar y silenciar nombres de las setenta grandes empresas norteamericanas que sirvieron de base a su investigación, tal y como exigían la Editorial y la Universidad de Indiana. Finalmente cedió a las presiones. Sin embargo, en 1.983 (después de su muerte), discípulos publicaron para la Universidad de Yale una versión del original sin censura.

Se coincide en fijar como génesis del concepto la reunión anual de la *American Sociological Society* en Filadelfia (diciembre de 1.939). La disertación de **SUTHERLAND** se tituló, precisamente, *“The white collar criminal”*.



Más allá de la definición precisa y los alcances exactos de la noción, colegimos que “delincuencia de cuello blanco” es el fenómeno penalmente reprobable protagonizado por la clase de más elevado nivel socioeconómico y cultural. En tal sentido, el delincuente de guantes albos se distingue por su pavoneo, suficiencia económica, posición social, o en todo caso, por el rol ocupacional que ejerce en ocasión del ilícito.

**SUTHERLAND** vinculó la fenomenología criminal a un sector hasta entonces inmune. Y es que el delito era patrimonio casi exclusivo de las clases más bajas. Los ilícitos perpetrados por quienes ocupaban estratos sociales medios o altos prácticamente no contaban en las estadísticas; por lo demás, aunque legalmente sancionados, no recibían reproche social acorde. *“Surgió así una primera caracterización del delito de cuello blanco, cuyas notas distintivas estaban dadas porque se trataba de: a) la comisión de un delito; b) por un autor de alto nivel social; c) existiendo una relación entre la infracción y la actividad profesional del delincuente. Autores posteriores añadieron otras características a las ya expresadas, como la lesión de confianza en el tráfico mercantil, el abuso de la credulidad o ignorancia de la víctima, una especial astucia en el autor para evitar ser descubierto (sea por la apariencia legal del hecho o porque impide que se presente la denuncia), la circunstancia de que la sociedad tenga conciencia de la ilicitud del hecho pero no de su trascendencia criminal, la imagen de honorabilidad del autor y su pertenencia a un sector de la actividad económica. La referencia a la respetabilidad del autor estableció una coincidencia entre poder económico y político, dando lugar a que en la teoría de cuello blanco se incluyeran hipótesis de corrupción realizadas por altos funcionarios del sector público”*<sup>8</sup>.

Desde antiguo se comprobó que las condiciones sociales predisponen disímiles fechorías: si la pobreza favorece la aparición de cierta gama de delitos, la prosperidad provoca el incremento de otra. Ya **CESARE LOMBROSO** (criminólogo piemontés de mediados del S. XIX, precursor de la escuela positivista - antropológica que insinuaba la predestinación orgánica al delito) observaba que la riqueza ofrece particulares oportunidades y especiales incentivos para el crimen<sup>9</sup>; el mero sentido común nos hace juzgar que las grandes estafas, defraudaciones y demás delitos típicamente capitalistas

<sup>8</sup> ESTEBAN RIGHI, “Los delitos económicos”, Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 2.000, Pág. 76.

<sup>9</sup> Vide HUASCAR CAJÍAS, “Criminología”, Juventud, quinta edición, La Paz – Bolivia, 1.995, Pág. 285.

aumentan entre las personas prósperas (en cuyo círculo se presentan más oportunidades de perpetración).

**SUTHERLAND** desplazó el crimen del callejón para introducirlo a los consejos de administración. Hay delincuentes pobres pero no son los únicos. La "criminalidad de los poderosos" acontece en las zonas residenciales ajardinadas donde viven los magnates de las grandes empresas. Entendía que el excesivo juridicismo y garantismo para estas defraudaciones creaba una doble balanza de justicia: se penaliza sistemáticamente a los pobres y se exculpa a los ricos. Obligó a romper la ficción que consideraba al delito patrimonio exclusivo de las "*lower class*", reveló la existencia de una "cifra delincencial negra" y denunció que la ley se aplicaba diferenciada y selectivamente.

La cercanía entre la definición contemporánea de delito económico y los mentados estudios de sociología criminal es evidente. Es indiscutible que la dogmática penal de capital germina con la categoría de guantes blancos.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo la delincuencia de capital "se democratizó". Hoy día no se considera patrimonio privativo de las altas clases. De todas formas, el trabajo del criminólogo de Chicago abrió definitivamente el horizonte para el estudio de nuestra rama.

Las primeras contribuciones académicas sobre la materia fueron (cuándo no) alemanas <sup>10</sup>. **MAX GRÜNHT** escribió sobre la protección penal de los intereses económicos en un libro homenaje al Tribunal del Reich (1.929). **LANGE** se ocupó de las sanciones idóneas para estos delitos (1.929). Más relevante se consideró la obra de **LINDEMANN** (1.932), donde reflexiona sobre un Derecho Penal Económico independiente.

El Derecho Penal Económico maduró en esbozos y ensayos doctrinarios dispersos. Se receiptó primero en disposiciones aisladas, las más de las veces huérfanas de todo tecnicismo y en colisión, a menudo, con normas o principios generales del derecho.

---

<sup>10</sup> *Vide* HANS HEINRICH JESCHECK, "El Derecho Penal Económico alemán", separata de VARIOS AUTORES, "Cuadernos de los Institutos", N° 74, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba - Argentina, 1.963, Pág. 71.

Esta situación no pasó inadvertida a los estudiosos y determinó su concreto planteamiento en el II Congreso Latinoamericano de Criminología reunido en 1.941, en Chile. Ya introducida al campo de la Ciencia Jurídica, la disciplina ganó terreno rápidamente, al punto de tener especial consideración en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal reunido en Roma, en 1.953. Se afianza esta tendencia en el V Congreso Internacional de Derecho Comparado de Bruselas (1.958), la I Reunión de Derecho Económico de Mar del Plata (1.959) y en las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Argentino (1.964).

Alrededor de 1.968 se crearon en la República Federal Alemana Fiscalías especializadas en asuntos económicos y se concentraron algunos procesos en Salas especiales de Tribunales regionales. Con ello también se produjo un auge de interés científico. Como precursor de este nuevo movimiento se destaca el catedrático de Freiburg **KLAUS TIEDEMANN**, cuyo ejercicio de habilitación para la cátedra: “*Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*” (“Funciones del tipo en el Derecho Penal accesorio”, 1.969), fue sólido fundamento para varias publicaciones a este respecto.

La atención despertada en la Opinión Especializada por el Derecho Penal Económico se concentró en las discusiones del Departamento Penal de las “Cuadragésimonovenas jornadas alemanas de Juristas” celebradas en Dusseldorf en 1.972 sobre el tema: “¿Qué medios penales son recomendables para una lucha más eficaz contra la criminalidad económica?”.

La política alemana acogió este impulso con el nombramiento de una “Comisión de expertos para la lucha contra la criminalidad económica” integrada por 16 miembros. Las actividades del comité rindieron fruto con la promulgación de “Leyes para la represión de la criminalidad económica” (WiKG) en 1.976 y 1.986.

En España, se destacan los aportes dogmáticos introductorios de **MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ** (“El Derecho Penal Económico. Un estudio de Derecho positivo español”, 1.973), **ENRIQUE BACIGALUPO** (“Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Penal Económico”, 1.974) y **AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR** (“Estudios sobre criminalidad económica”, 1.978).

La División de Problemas Criminales del Consejo de Europa <sup>11</sup> organizó en 1.976 la “Conferencia sobre los aspectos criminológicos de los Delitos Económicos”. Un sub - comité especial puso en marcha un programa a largo plazo para estimular la investigación del delito comercial, con el objetivo de armonizar las legislaciones de los países miembros.

El Art. 209 del Tratado de Maastricht <sup>12</sup> conmina a los Estados Miembros de la Unión Europea a reprimir con medidas penales adecuadas el fraude a intereses financieros nacionales y comunitarios.

En el decimoprimer “Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y Justicia Penal” reunido en Bangkok – Tailandia el 18 de abril de 2.005, se ofició la conferencia “Delitos económicos y financieros: retos para el desarrollo sostenible”. Más de 30 oradores coligieron que los delitos de capital afectan el sentido que tienen las personas de una sociedad justa.

La Asamblea General de la O.E.A., por resolución N° 40/32 del 29 de noviembre de 1.985, aprobó los “Principios rectores en materia de prevención del delito y Justicia Penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional”. El documento anota en una parte: “(...) *La prevención del delito como fenómeno mundial no debe limitarse a la delincuencia común, sino considerar también aquellos actos que son especialmente nocivos, por ejemplo, los delitos económicos (...)*” (sic).

En el Mercosur, el Consejo del Mercado Común <sup>13</sup> aprobó por decisión N° 22/99 del 7 de diciembre de 1.999 un “Plan general de cooperación recíproca para la seguridad regional” cuya sexta sección trata de delitos económicos y financieros. Por decisión N° 8/00

---

<sup>11</sup> Organización multinacional comunitaria europea nacida en 1.949. Actualmente cuenta con una Secretaría General, un Comité de Ministros, una Asamblea Parlamentaria, un Congreso de Poderes Locales y Regionales compuesto por la Cámara de Poderes Locales y la Cámara de las Regiones.

<sup>12</sup> El Tratado de la Unión Europea (TUE), conocido también como “Tratado de Maastricht” por haberse firmado en esa localidad holandesa el 7 de febrero de 1.992, constituye piedra angular en el proceso de integración europeo pues, al modificar y completar el Tratado de París de 1.951 que creó la CECA, a los Tratados de Roma de 1.957 que instituyeron la CEE y el EURATOM y al Acta Única Europea de 1.986, por primera vez se sobrepasaba el objetivo económico inicial de la Comunidad (construir un mercado común) y se le daba vocación de unidad política. Este documento consagra oficialmente el nombre “Unión Europea” que sustituyó al de “Comunidad Europea”.

<sup>13</sup> Es el órgano superior del Mercosur. Tiene la conducción política y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos. Está integrado por los respectivos Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de cada uno de los Estados partes. Se reúne las veces que estime necesario, por lo menos una vez al año. La Presidencia del Consejo se ejerce por rotación de los Estados partes y en orden alfabético, por períodos de seis meses.

del 29 de junio de 2.000, se promulgó un instrumento específico denominado “Complementación del plan general de cooperación recíproca para la seguridad regional en materia de delitos económicos y financieros”.

En Latinoamérica, el esquema original de las economías reprodujo las pautas socioeconómicas de los países industrializados. En general, nuestra región marcha sobre las huellas de los continentes más desarrollados.

Ahora bien, los países de América Latina no avanzan a un mismo ritmo. Como lógica consecuencia, los ordenamientos jurídicos conformaron sistemas disímiles, acordes a las respectivas etapas progresivas. Antiguas normas de derecho clásico se barajaron con otras de corte contemporáneo. El Derecho Penal no fue excepción.

En mayor o menor medida se introdujeron leyes de naturaleza penal económica. Estas manifestaciones de derecho positivo estimularon que se importara de Europa la discusión teórica relativa al Derecho Penal Económico.

Algunos autores aprovecharon la falta de organicidad de la legislación sancionatoria negocial para desmerecerla con adjetivos como: “extravagante”<sup>14</sup>. Las críticas encontraban apoyo en una visión individualista de los bienes jurídicos.

La noción de supraindividualidad apareció con la eclosión de la macro – delincuencia propiciada por el gradual desarrollo financiero.

La introducción escalonada de nuestra materia a América Latina requirió mucho esfuerzo innovativo.

En primer lugar, porque se enfrenta a un círculo de autores de naturaleza muy distinta al tradicional: personas que, como llevamos dicho, pertenecen a estratos sociales altos y están dotadas de suficiente poder económico y/o político para procurarse impunidad. Este problema universal tuvo entre nosotros una incidencia aún mayor que en los países adelantados del norte.

---

<sup>14</sup> Así, SEBSATIÁN SOLER, “El llamado Derecho Penal Económico”, separata de VARIOS AUTORES, “Revista mexicana de Derecho Penal”, cuarta época, N° 17, Ciudad de México - México, 1.975, Págs. 35 y sgtes.

También porque los Estados latinoamericanos carecían (y carecen todavía) de organismos contralores eficientes. No existe personal preparado en sede administrativa para prevención, ni en sede judicial para represión.

La inexistencia de Juzgados especializados en materia penal negocial fue la regla en América Latina, constituyendo una excepción los Tribunales Penales Económicos creados en Argentina hacia 1.959.

Desde luego que la autonomía foral promueve la autonomía científica. Autores argentinos se interesaron primero en la asignatura. Así, **ENRIQUE AFTALIÓN** ("Derecho Penal Económico", 1.959), **CARLOS RUBIANES** ("Derecho Penal Económico argentino", 1.962), **RAFAEL MIRANDA GALLINO** ("Delitos contra el orden económico", 1.970), **ROBERTO BERGALLI** ("Las líneas de política criminal y los métodos y medios del Derecho Penal Económico en la República Argentina", 1.973), **ESTEBAN RIGHI** (entre otros de la misma época, "Derecho Penal Económico", 1.980), **JORGE DE LA RÚA** ("Los delitos económicos", 1.980).

En la República del Paraguay, el Derecho Penal Económico es una rama prácticamente virgen, pese a las múltiples situaciones judicializadas propicias para su estudio y desarrollo (bancos caídos, grandes desfalcos, corrupción en las instituciones públicas). Modestamente, el suscrito (con sus muchas limitaciones) es uno de los pocos cultores de la materia.

Los Tribunales paraguayos suelen resolver con criterios desusados, vetustos, inapropiados (y hasta despreocupados algunas veces), problemas que en doctrina se debaten arduamente sin resultados terminantes.

Salvo contadas excepciones, los veredictos son casuísticos y desprovistos de sentido dogmático o sistémico.

Se recurre mucho al razonamiento matemático de "pertenencia al órgano directivo" y a la materialidad del voto afirmativo o negativo sobre cuestiones reputadas criminosas. No conocemos análisis más profundos de imputación objetiva o subjetiva. Justamente, este trabajo procura aportar criterios hermenéuticos, explicativos y rectores al respecto.

## 2-) **DERECHO PENAL EMPRESARIAL.**

En la actualidad, la empresa representa una principal fuente generadora de riesgos para los bienes jurídicos. Asimismo, como medular protagonista del intercambio de bienes y servicios, ingresa en primer plano al escenario del Derecho Penal mereciendo una nueva especialidad: el Derecho Penal Empresarial.

Ahora bien, una de las cuestiones centrales a determinar será la ubicación del Derecho Penal de la Empresa en el programa enciclopédico de la materia. En este sentido, a poco de andar se advierte que no podrán aplicarse, llanamente, los principios teóricos tradicionales.

Para que una rama jurídica pueda independizarse científicamente, debe presentar rasgos distintivos y cuestiones particulares que justifiquen la categorización autónoma.

Entendemos que el Derecho Penal Empresarial encuentra su justificación metodológica en los delitos perpetrados en la estructura corporativa. Y es que en éstos aparecen problemas específicos de imputación derivados de una criminalidad organizada, que en el plano horizontal se estructura a través de la división del trabajo y en el vertical se apoya en el principio de jerarquía.

Sobre esta base, en el ámbito horizontal se controvierte cómo distribuir responsabilidades en los distintos niveles operativos de la empresa. En el ámbito vertical, caracterizado por delimitaciones poco nítidas y desplazamiento de estructuras, asoma como discusión fundamental si, junto al agente que concluye el hecho, corresponde asimismo incriminar al superior jerárquico.

La distinción característica que presenta el Derecho Penal de la Empresa viene dada por los agentes complicados: las personas físicas acopladas a un establecimiento mercantil organizado.

La palabra "organización" nos sugiere situaciones preestablecidas en las que participan múltiples personas interconectadas. La investigación de los delitos entretejidos en estas estructuras presenta numerosos problemas. Y es que los aportes individuales se diluyen en el todo criminoso.

Para la determinación autoral en los delitos de empresa, nuestros Tribunales habitualmente recurren al criterio (hasta casi objetivo y matemático) del “órgano directivo”. Pero la incumbencia penal no podrá inferirse solamente del escalafón; debe atenderse al particular funcionamiento interno de cada compañía.

En realidad, ningún extremo es bueno. Debe prevenirse la impunidad de los jefes que se escudan en sus empleados; pero debe remediarse también la exención de los subalternos responsables, a cuya persecución suele renunciarse para inculpar a los “peces gordos”.

## 2.1-) **DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DERECHO PENAL EMPRESARIAL.**

No compartimos con **LUIS MIGUEL REYNA ALFARO** que Derecho Penal Económico y Derecho Penal de la Empresa se intersequen en la supraindividualidad del bien jurídico protegido <sup>15</sup>.

La nota definitoria del Derecho Penal Empresarial no es la dimensión general como en el Derecho Penal Económico, sino la organización corporativa como fuente de problemas de autoría e imputación. *“Hoy se habla del Derecho Penal de la Empresa como un modo de aislar principios y criterios de imputación que poseen ciertas peculiaridades y diferencias respecto del Derecho Penal tradicional”* <sup>16</sup>.

La metodología de asignación punitiva en materia penal económica produjo un proceso diferenciado en relación al Derecho Penal Nuclear que permite hablar de un Derecho Penal Empresario como subproducto del Derecho Penal Económico. En ese orden, adquiere significado científico la identificación de principios y criterios de imputación que posean cierta aptitud o rendimiento para establecer un sistema tendiente a discernir la responsabilidad criminal en materia empresaria.

---

<sup>15</sup> LUIS MIGUEL REYNA ALFARO, “Nociones de Derecho Penal Económico argentino”, Lerner, Córdoba – Argentina, 2.005, Pág. 15.

<sup>16</sup> GUILLERMO YACOBUCCI, “La responsabilidad al interno de la empresa. La delegación de funciones”, ponencia del “III Corso internazionale de Diritto Penale”, artículo disponible en <http://www.austral.edu.ar/web/derechos/FOTOS/III%20CORSO%20INTERNAZIONALEPDF>.



La especial configuración de la empresa, sus modos de organización, la actividad colegiada, las formas de adopción de acuerdos, la delegación de funciones, exigen a la teoría del delito fórmulas nuevas de repartición sancionatoria.

Adjudicar la autoría de un delito a quien verdaderamente aparece como dominador del curso causal presenta dificultades serias en una estructura empresarial. En efecto, esta disposición tiene la particularidad de que el ejecutor material es una persona, en muchos casos, alejada del promotor. Además, frecuentemente el decisor echa a andar la maquinaria que desembocará en un ilícito, instaurando una estructura de órdenes compartimentadas y un sofisticado mecanismo de ocultamiento. *“Se trata de casos en los que podría decirse que, prácticamente, se monta un sofisticado mecanismo de relojería donde existen roles diferenciados, personas en puestos clave, transmisores de las decisiones y que, una vez puesto a andar, el mecanismo funciona casi automáticamente”*<sup>17</sup>.

Entonces, será estudiado por esta asignatura específica cualquier hecho punible, siempre que se cometa dentro de una empresa e infiltrado en su esqueleto funcional. Desde luego que los delitos implicados deben relacionarse con la actividad propia del establecimiento o perpetrarse en su contexto.

Dado que Derecho Penal Económico y Derecho Penal Empresario no siempre comparten la macro - afectación como rasgo definidor, ¿se justifica hablar del último como especie del primero?. Entendemos que, con todo, sí.

Habíamos dicho que una de las modalidades posibles de criminalidad económica era la operada mediante instrumentos de la vida negocial. No cabe duda de que la empresa es uno de ellos.

Ciertamente, habrá delitos empresarios que no sean económicos en pureza y a la inversa, ilícitos económicos que prescindan del marco institucional para su configuración. Sin embargo, la mayor parte de la criminalidad de capital se despliega bajo la forma de una

---

<sup>17</sup> RAÚL CERVINI Y OTRO, “El Derecho Penal de la Empresa”, B DE F, Buenos Aires – Argentina, 2.005, Pág. 140.

sociedad mercantil (**HANS ACHENBACH** nos dice que, en Alemania, el 80 % de los delitos económicos cometidos entre 1.974 y 1.985 injirieron a empresas <sup>18</sup>).

La criminalidad corporativa aparece entonces como una parte del Derecho Penal de la Economía caracterizada por la calidad de los sujetos de actuación o por la forma de organización a la que se integran los participantes individuales. El Derecho Penal de la Corporación constituye así un ámbito donde se privilegian los criterios y reglas de asignación de responsabilidad, permitiendo metodológicamente un estudio más definido de esas cuestiones. Se busca pues, como criterio científico, aislar o abstraer este campo del contorno general del Derecho Penal Económico para obtener un mayor rendimiento conceptual.

Vale decir, graficando, el Derecho Penal Empresario sería el capítulo del Derecho Penal Económico donde se tratan los problemas de autoría y participación que aparecen con más frecuencia en éste.

## 2.2-) DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL EMPRESARIO.

**BERND SCHÜNEMMAN** propone una distinción (a estas alturas clásica) entre los conceptos "criminalidad de la empresa" (*unternehmenskriminalität*) y "criminalidad en la empresa" (*betriebskriminalität*), circunscribiendo el Derecho Penal Empresario a la primera<sup>19</sup>.

Para este notable autor (que visitara el Paraguay en más de una oportunidad), sería "criminalidad de empresa" y objeto de estudio excluyente la que, orquestando una actuación negocial, lesiona bienes jurídicos externos incluidos los intereses propios de los colaboradores del establecimiento. Quedarían pues exceptuados los delitos que se integran a la llamada "criminalidad en la empresa", esto es, los cometidos por colaboradores de la corporación contra ella misma.

---

<sup>18</sup> HANS ACHENBACH, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán", traducción de UJALA JOSCHI JUBERT, separata de VARIOS AUTORES (JESÚS MARÍA SÁNCHEZ – Coordinador de la versión en español), "Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal", Bosch, Barcelona – España, 1.995, Pág. 381.

<sup>19</sup> *Vide* BERND SCHÜNEMANN, "Delincuencia empresarial. Cuestiones dogmáticas y de política criminal", Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires – Argentina, 2.004, Págs. 17/22.

De acuerdo a esta distinción, el primer grupo englobaría agresiones a intereses externos de la firma y el segundo perjuicios a la misma. En ambos casos se trata de inconductas incurridas internamente, procediendo para el consorcio o en el contexto de su actividad.

Modestamente disentimos con el experto. Y es que ambos modelos presentan los mismos dilemas de imputación sobre la base de los cuales definimos la asignatura. No existe entonces motivo para receptar la desmembración. Más bien seguimos a **JOSÉ DANIEL CESANO** en cuanto dice: *“(...) dos son los ámbitos respecto de los cuales puede predicarse el concepto: uno se perfila con la marca de una tendencia centrífuga, por cuanto comprende aquella criminalidad que, surgida en su seno, se proyecta al exterior a partir de la empresa (afectando intereses y bienes de terceros ajenos a ella); la otra, en cambio, podría ser calificada como centrípeta, dado que, aún cuando germina en la estructura societaria, sus efectos se despliegan en contra de la empresa o de los miembros de la misma”*<sup>20</sup>.

Para nosotros, el Derecho Penal Empresarial es la rama del Derecho Penal Económico que estudia la atribución personal de los hechos punibles perpetrados en la estructura organizativa de una empresa y en el marco de su actividad.

Los delitos empresarios son los perpetrados sirviéndose de una corporación y vinculados íntimamente a su actividad.

### 2.3-) **BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE EMPRESA.**

Dijimos que criminalidad de empresa es, básicamente, la suma de los delitos cometidos a través de una entidad eslabonada.

A la sazón, serán protegidos los intereses correspondientes a cada hecho punible orquestado corporativamente.

Sin embargo, existe un bien jurídico privativo de la materia, siempre concomitante y subyacente: la legítima expectativa social de que las empresas no generen con su actividad

---

<sup>20</sup> JOSÉ DANIEL CESANO, “Problemas de responsabilidad penal de la empresa”, artículo disponible en [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Cesano2.5.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Cesano2.5.pdf).

riesgos desmedidos o excesivos. Tenemos ante nosotros una sociedad altamente manufacturada, con una calidad de vida más elevada que hace algunos años. El precio que debe pagarse es el incremento proporcional del peligro que conlleva la actividad negocial contemporánea (tecnificada, impersonalizada, compleja, enmarañada). Los riesgos de la modernización empresarial deben limitarse a los socialmente adecuados en orden al progreso.

Como la gran mayoría de los delitos económicos son a su vez delitos de empresas, se impone una breve acotación sobre los bienes jurídicos que menoscaba esta categoría. El Derecho Penal Económico protege la estabilidad de la economía como interés supraindividual, el adecuado funcionamiento de la actividad financiero - mercantil - monetaria (nacional o sectorial), sin perjuicio de intereses patrimoniales individuales conexos.

#### 2.4-) **CONTENIDOS DEL DERECHO PENAL EMPRESARIO.**

El Derecho Penal de la Empresa debe orientarse al desarrollo de instrumentos jurídicos de responsabilidad de las personas físicas que actúan para la corporación.

En un ordenamiento jurídico donde no se conocen formas de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, la culpabilidad de sus integrantes adquiere particular relieve.

En este trabajo no podemos abarcar todos los aspectos comprendidos. Dejaremos de lado las cuestiones de política criminal y nos ubicaremos en el campo de la dogmática, asumiendo los problemas de atribución al interno de la compañía.

En el área penal corporativa se discute hoy sobre los siguientes puntos cardinales:

##### 2.4.1-) **PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y CULPABILIDAD.**

En primer lugar se debate si los mentados criterios específicos de imputación respetan los principios clásicos de legalidad y culpabilidad. Ésto sobreviene particularmente, cuando se endosa a los directivos infracciones en las que no participaron directamente, pero que ocurrieron bajo su competencia.

#### 2.4.2-) **¿CONCEPTOS PENALES TRADICIONALES O PARTICULARES?**

Se discute también si la teoría del delito aplicada al ámbito de la empresa puede trabajar con conceptos penales comunes o si por el contrario, sólo admite criterios especialmente creados para la materia.

#### 2.4.3-) **CRITERIOS DE IMPUTACIÓN.**

La asignación sancionatoria intra – empresarial obliga a utilizar criterios vinculados con esferas de competencia, roles, deberes de vigilancia, división de tareas, modos dolosos e imprudentes de comisión, etcétera.

Los problemas que plantean estas trasgresiones derivan de la separación entre acción material y orden superior, propia de cualquier establecimiento organizado. En el marco societario aparecen ámbitos de competencia diferenciados que condicionan la actuación de múltiples sujetos con aportes atomizados y de importancia diferente. Luego, la conducta ejecutiva terminal del empleado no será siempre la más relevante.

Según la hipótesis clásica de autoría, los ejecutores podrán ser autores directos, coautores, autores sucesivos o accesorios según la configuración específica del caso. Sin embargo, las necesidades político - criminales no quedarán satisfechas por cuanto, desde una perspectiva social, resulta más importante el papel de los sujetos situados por encima, quienes poseen toda la información y ejercen el control de las estructuras donde sucede el ilícito. *“Y este desmedro de efectos preventivos se origina en la fungibilidad de los subordinados, habida cuenta de la particular organización empresarial (división vertical y horizontal); en el desconocimiento del significado de las consecuencias de su acción debido a la insuficiente información que poseen respecto del funcionamiento global de la empresa; y a la escasa resistencia que pueden ofrecer frente a la llamada “actitud criminal colectiva”, con arreglo a la cual, al interior de una empresa se manejan valores y mecanismos de presión que pueden determinar que un miembro de la empresa, a consecuencia de su vinculación al establecimiento y a la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre al sistema jurídico en el que actúa, realice una conducta prohibida por el Derecho Penal”* <sup>21</sup>.

<sup>21</sup> IVÁN FABIO MEINI MÉNDEZ, “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus

La equidad real podrá satisfacerse si el sistema aprehende también a los jerarcas que, gracias a su ubicación privilegiada, tienen acceso a los medios necesarios para encausar el *iter* criminal. Evidentemente, sería absurdo mantener la impunidad o mera responsabilidad como partícipes de quienes ostentan el poder de gestión y decisión sobre toda la actividad corporativa. Resulta cuanto menos chocante negar el carácter de autor a quien domina globalmente la realización del hecho, controla los modos y formas de comisión, toma las decisiones e imparte las órdenes.

#### 2.4.4-) **LOS DELITOS ESPECIALES.**

A las complicaciones de atribución se suma otra, no menos importante. No son pocos los tipos contruidos como especiales, de tal forma que la configuración delictual se apoya en la atribución de una determinada característica objetiva al autor.

Esta particularidad suscita una compleja cuestión toda vez que, como decíamos, el ejecutor material en la empresa normalmente es un subordinado que no ostenta la cualidad diferenciada de autoría.

#### 2.5.-) **EMPRESA Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA.**

De lo anterior se deduce que el problema central del tratamiento jurídico – penal de la criminalidad empresaria sigue siendo el de la imputación del hecho delictivo a sujetos individuales.

En este punto, la cuestión muestra innegable similitud con el ámbito problemático más generalizado de la distribución sancionatoria en grupos institucionalizados y concertados de personas. A este último ámbito pertenece la llamada “criminalidad organizada” (terrorismo, mafia, narcotráfico).

Ciertamente, en las firmas mercantiles nos encontramos ante una disposición laboral coordinada, lo que incide de modo determinante en el planteamiento y resolución del problema autorial. Resultado de ello son burbujas de competencia y trabajadores que interactúan en distintos estratos. Dado un andamiaje así, se comprende que la conducta

---

subordinados”, separata de VARIOS AUTORES, “Revista Derecho”, N° 52 (diciembre 1.998/abril 1.999), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 1.999, Págs. 883/884.

puramente ejecutiva no sea siempre la sobresaliente, lo que supone un importante cambio de perspectiva respecto del Derecho Penal clásico.

En estos casos, no se plantea sólo la necesidad de castigar a los miembros del grupo por su pertenencia al mismo, cuando ya de por sí constituya asociación criminal (Art. 239 C.P. paraguayo), sino el dilema de cómo incriminar a los órganos que no intervienen materialmente en la ejecución de los delitos pero los diseñan, planifican, asumen el control o dirección de su realización.

La corrupción empresarial comparte este embarazo con las organizaciones facinerosas jerarquizadas.

Algunos autores consideran que el delito corporativo no puede asimilarse al crimen organizado<sup>22</sup>. No encontramos otra razón que un prurito teórico desmedido. Si comparten los mismos caracteres bien podrían comunicarse las soluciones. Ya decían los romanos: *“ubi eadem rationes, ibi eadem legis dispositio”* (para iguales situaciones, la solución jurídica debe ser la misma).

Por lo demás, se constata *“(…) una ósmosis sustancial entre estos dos fenómenos, en el sentido de que la criminalidad organizada es por naturaleza económica y de que la criminalidad económica es cada vez más organizada”*<sup>23</sup>.

Desde luego que cada variedad tendrá singularidades empero, en general, sus conclusiones serán intercomunicables.

## 2.6-) CONCEPTO DE EMPRESA A EFECTOS DE LA MATERIA.

<sup>22</sup> Por ejemplo, PATRICIA FLECK MOYANO, “Informe sobre alcance y contenido de la Convención de Palermo. Sus relaciones con el delito de empresa”, ponencia ante el MORTON BANKING CENTER en diciembre de 1.998 y JAVIER CAPPONI CORDAL, “Límites convencionales a la Convención de Palermo”, documento presentado en 1.998 a la REUNIÓN CONJUNTA DE CONSEJOS DE LA ORGANIZACIÓN (Nueva York), ambos citados por RAÚL CERVINI Y OTRO, “El Derecho Penal de la Empresa”, B DE F, Buenos Aires – Argentina, 2.005, Pág. 126.

<sup>23</sup> LUIGI FOFFANI, “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, separata de VARIOS AUTORES (SANTIAGO MIR PUIG Y OTROS – Coordinadores), “Estudios de Derecho Penal Económico”, Livrosca, Caracas – Venezuela, 2.002, Pág. 199.

Existe acuerdo en entender que la empresa es, ante todo, una realidad caracterizada por su función económica: producción, distribución y prestación de servicios. A esta base común añadirá cada asignatura jurídica sus matices individualizadores.

**JUAN TERRADILLOS BASOCO** elige una definición que nos parece inicialmente adecuada, siempre que le agreguemos el propósito final de lucro: “*organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado*”<sup>24</sup>.

La empresa es una entidad comercial que utiliza diferentes insumos para producir bienes o servicios; es un sistema funcionalmente diferenciado que participa del mercado procurando obtener e incrementar ganancias.

Podrá ser pública o privada; en el primer caso pertenece a empresarios particulares y en el segundo al Estado. En las empresas públicas, la gestión puede efectuarse por funcionarios gubernamentales o estar a cargo de una gerencia técnica, más o menos independiente de las decisiones políticas. La empresa privada es la unidad esencial de toda economía de mercado.

La gestión que antiguamente correspondía al empresario individual, se encuentra ahora, mayormente, a cargo de empleados con papeles específicos y diversificados, amén de concatenados.

La empresa constituye entonces un organismo funcional que interactúa en el mercado caracterizándose por la división de roles laborales.

Normalmente asume forma societaria. Sin embargo, la constitución formal no es requisito excluyente.

La estructura de cualquier compañía está condicionada por la actividad comercial que desempeña. Para funcionar de manera óptima precisa una ordenación interna de personal. En el moderno concepto de factoría, el organigrama escalonado y jerárquico constituye un elemento esencial, pues la interacción de varios trabajadores no serviría de nada si no existiesen regentes que coordinaran la actividad en atención a los objetivos planeados.

---

<sup>24</sup> JUAN TERRADILLOS BASOCO, “Derecho Penal de la Empresa”, Editorial Trotta, Madrid – España, 1.995, Pág. 13.



Entonces, frutos del creciente grado de profesionalización y colectivización de los procesos trenzados en el consorcio, son diversas reparticiones con jefaturas que a su vez dependen de una gerencia central. Así pues, la toma de decisiones, el manejo de la información y la ejecución mediata o inmediata de los trabajos se encuentran distribuidos en los distintos órganos empresariales en virtud del organigrama y los programas productivos.

No son los sujetos individuales quienes forman parte de la empresa, sino sus actuaciones, en cuanto expresiones de un rol interno. Toda persona que se inserta en un andamiaje coordinado queda particularizada por el trabajo específico que realiza.

La concreta configuración de cada empresa y con ello, la determinación del rol de cada empleado o directivo, dependerá de una diversidad de factores específicos que van desde la dimensión del comercio hasta las características del mercado donde opera.

Deben resaltarse los principios que rigen la organización del proceso productivo en la actualidad: A-) Principio de división técnica del trabajo y de especialización: cada trabajador asume una particular competencia funcional. B-) Principio de complementariedad: el aporte de cada operario se complementa con el de otros. C-) Principio de jerarquía: las actuaciones de los agentes se supeditan a una dirección común que asume la coordinación general.

No es posible definir las distintas posiciones y funciones que se dan en una empresa de manera general, porque los organigramas varían según el modelo de que se trate. Normalmente, la departamentalización se da por cometidos específicos.

Desde luego, en las empresas grandes funcionan varios departamentos que pueden incluso sub – dividirse y en los establecimientos pequeños o medianos, una misma persona u oficina abarcará más de una ocupación.

Ahora bien, ¿puede integrar el concepto la “empresa individual de responsabilidad limitada” (Arts. 15/25 de la Ley Paraguaya del Comerciante, N° 1.034/83)? Desde luego. Si bien es cierto que no realizan actividades de gran complejidad, teóricamente es posible que arreglen una estructura con partición de tareas que demande operaciones de imputación como las que venimos describiendo.

El paso siguiente requiere analizar si algunas instituciones que no gozan de comercialidad formal (asociaciones, fundaciones, cooperativas, reparticiones gubernamentales) podrán incluirse en la noción a los fines de nuestro análisis.

Obviamente, la ausencia de *animus lucrandi* en estas entidades no impide que puedan utilizarse como instrumentos para delinquir. Por lo demás, presentan inconvenientes de inculpación semejantes a los revisados.

El Derecho Penal se fragmenta sólo en la medida que lo requiera su propia dogmática. No puede desmembrar una rama por cada cuestión circunstancial que no interese a la teoría del delito. Entonces, la criminalidad en estas entidades se afiliará, por aproximación y analogía, al Derecho Penal de la Empresa.

Así, habrá que elaborar un concepto amplio de corporación, que corra paralelo al anotado *supra* y devenido en consecuencia restringido.

Empresa sería, en acepción muy dilatada (reconocemos) pero confinada a la asignatura, una mancomunidad formal estructurada con capacidad para actuar conforme a sus fines e integrada por personas físicas coordinadas y agrupadas en orden a un interés común.

Nuestro concepto de empresa es claramente funcional antes que formal.

## 2.7-) **LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL COMO ESTÍMULO PARA DELINQUIR.**

La gama de actividades delictuales que aparecen favorecidas o alentadas por las empresas es sumamente variada. Los individuos no sólo se atreven a realizar algunas conductas cuando son solidariamente apoyados por el grupo sino que, en el caso de las corporaciones, este apoyo colectivo puede a menudo revestir caracteres de estímulos claramente dirigidos a ejecutar conductas ilícitas.

De las relaciones existentes entre personas que interactúan persiguiendo finalidades comunes, nacen reglas específicas e informales de acción. En los diferentes departamentos de una compañía se originan micro - climas que favorecen o reprueban actitudes de sus miembros. Se gesta allí una ética según la cual, los integrantes de esa dependencia sabrán

que ciertas acciones provocarán una actitud solidaria de sus compañeros, subordinados y jefes; al mismo tiempo que otras desembocarán en una actitud común de reprobación.

En este campo se produce, por lo general, un doble orden de reacciones colectivas. Por un lado, los grupos de trabajo se organizan de acuerdo con la finalidad que les es común, reprobando todo cuanto contradiga esa finalidad y aprobando cuanto se ajuste a ella. Por otro, nacen sentimientos de solidaridad experimentados tanto en un plano consciente como en otro inconsciente o sincrético.

En ambos, el apoyo grupal juega un rol importante en lo atinente al tipo de decisión que los agentes y funcionarios de una empresa vayan a tomar. Existe aquí algún paralelo con las pandillas juveniles: en todos estos casos los individuos se ven, si no compelidos, al menos alentados a realizar lo que nunca se atreverían a hacer si actuaran de forma aislada.

Los mecanismos de división y delegación del trabajo originan asimismo un fenómeno motivacional susceptible de contemplarse desde dos puntos de vista. El primero radica en que la distribución de tareas brinda un grado mayor de impunidad por dificultades para detectar y deslindar responsabilidades. El segundo yace más en mecanismos psicológicos específicos: la segmentación de tareas hace que nadie se sienta responsable por el todo criminoso.

Entonces, de diversas maneras existen motivaciones para delinquir por parte de quienes participan en la actividad empresarial.

Los jefes se sienten velados por una coraza de impunidad y anonimato. Una de las principales características del delito en las empresas es el progresivo alejamiento de los centros de decisión respecto de los agentes ejecutores. Los regentes aprovechan esta circunstancia para extraviar y esconder sus nombres en la maraña de secciones intervinientes.

Los empleados, a su vez, se sienten expiados por la tolerancia grupal. Además, el subordinado podrá encontrarse inmerso en una suerte de "actitud criminal de grupo", que relativice su capacidad de oponerse a la ejecución de hechos punibles. Las personas pierden el estímulo motivatorio para desechar una conducta, cuando pueden enjaretar sus consecuencias a un tercero señalado psicológicamente como responsable.

## 2.8-) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA.

Como el Derecho Penal Empresarial es parte del Derecho Penal Económico ciertamente comparte sus orígenes.

Sin embargo, esta especialidad nace de la necesidad particular de distribuir responsabilidades fruto del auge de la gestión productiva organizada.

El Derecho Penal de la Empresa se emancipa para encontrar solución a los problemas de imputación criminal que genera la actuación corporativa acabada en delito.

Con el acrecimiento global de la actividad empresarial también aumentaron sus derivaciones e implicancias delictivas, lo que espontáneamente informó a una nueva disciplina concentrada en prorratear participaciones entre los dependientes complicados.

El Derecho Penal de la Empresa procura identificar delincuentes en el tráfico mercantil organizado. Su discursiva resultó tan fructuosa que se traspoló a la delincuencia gestada en cualquier ámbito concertado: gobierno, asociaciones sin fines de lucro, cooperativas, terrorismo, mafia, etcétera.

Los principios de Derecho Penal Empresarial fueron, en buena parte, producto de la jurisprudencia. Son cuatro los *leading cases* de mayor repercusión dogmática.

En el caso **CONTERGAN** (Tribunal Penal de Aachen – Alemania, sentencia del 18 de diciembre de 1.970) se planteó la responsabilidad penal de los directores de la empresa farmacéutica alemana **GRÜNENTHAL**, que comercializaba un medicamento tranquilizante denominado **CONTERGAN** (cuyo componente fundamental era la **TALIDOMIDA**), recetado entre 1.957 y 1.961 a mujeres gestantes que posteriormente dieron a luz niños con graves deformaciones.

En el caso **LEDERSPRAY** (Tribunal Federal Supremo alemán, sentencia del 6 de julio de 1.990), también conocido como **ERDAL**, se trataba de determinar la responsabilidad penal de los directivos de una empresa de producción y otras filiales de distribución, por un spray para cueros comercializado bajo las marcas **ERDAL** y **SOLITÄR**. Tras 20 años de ventas sin problemas, a finales de 1.980 comenzaron a recibirse reclamaciones por

padecimientos tras la utilización del producto (dificultades respiratorias, tos, fiebre, edemas pulmonares). A raíz de esto, se realizaron investigaciones internas con el asesoramiento de expertos para determinar si existía algún fallo en el spray, pero no se obtuvo resultado alguno. La dirección de la empresa matriz resolvió no paralizar la distribución ni retirar el líquido. Como única medida incluyó una advertencia en los frascos.

En el caso **HOLSZCHUTZMITTEL** (Tribunal Federal Supremo alemán, sentencia del 2 de agosto de 1.995), se debatió la culpabilidad de empresarios por comercialización de un barniz para proteger madera que contenía un producto tóxico y provocó lesiones a quienes respiraron sus gases. La empresa **D. CHEMIE GMBH** mercadeó el protector de madera **XYLADECOR 200**, que contenía entre sus componentes **PCP** y **LINDANO**. Hasta 1.979 llevó en la etiqueta la indicación "apropiado para uso en interiores", pese a que ningún estudio avalaba la inocuidad de las sustancias. Pesquisas comprobaron que los químicos causaron al menos una muerte en agosto de 1.977 (una niña de 7 años que vivía en una habitación tratada con el producto), a más de daños en la piel y mucosidades a innumerables consumidores.

En el caso del **ACEITE DE COLZA** (Tribunal Supremo español, sentencia del 23 de abril de 1.992), se juzgaron no menos de 300 muertes y 15.000 lesiones. En mayo de 1.981 se descubrió un brote epidémico, inicialmente en Torrejón de Ardoz y Madrid, del que luego se conoce su extensión a otras zonas de España. Las lesiones correspondían a una neumonía intersticial, lo que hizo suponer que la enfermedad se transmitía por vía respiratoria. Por tal motivo se denominó originariamente "neumonía atípica". En los primeros momentos se habló de un accidente con armas bacteriológicas ocurrido en la base militar norteamericana de Torrejón de Ardoz, pero también se manejaba la hipótesis de una intoxicación alimentaria, investigándose las hortalizas. Se asoció luego la enfermedad a la ingestión de ciertos aceites sin marca, distribuidos a través de la venta ambulante. Las investigaciones revelaron que en los años 1.980 y 1.981 se distribuyó para el consumo humano aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2 %. Dicho aceite era importado (sobre todo de Francia) legalmente por empresas aceiteras con la exigencia de que no fuera destinado al consumo alimenticio sino a actividades industriales. La anilina no siempre modificaba el aspecto, olor, color y sabor del aceite de manera perceptible. A través de una compleja red de intervenciones, empresas como **RASCA** y **RAELCA** refinaron el aceite y lo distribuyeron en varias regiones españolas.

La teoría académica del Derecho Penal de la Empresa es de muy reciente data.

En 1979, el catedrático de la Universidad de Múnich **BERND SCHÜNEMANN** realizó un estudio sistémico de la criminalidad empresaria a encargo del Ministerio Federal de Justicia alemán (“*Unternehmenskriminalität und Strafrecht*”). En 1971 ya había tratado la responsabilidad penal de los empresarios por sus productos y los delitos de sus empleados (“*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungdelikte*”).

El español **MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ** publicó otro de los primeros textos sobre la asignatura en 1978 (“Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial”).

Por estas latitudes, los argentinos **JAIME MALAMUD GOTI** (“Política criminal de la empresa”, 1983), **LUIS GARCÍA** y **PATRICIA LLERENA** (“Criminalidad de empresa”, 1990) fueron de los primeros autores en la materia.

El *nomen iuris* de la disciplina lo utilizaron, inauguralmente y en sendos libros, los italianos **LUIGI CONTI** (“*Trattato di Diritto Penale dell’impresa*”, 1990), **ASTOLFO DI AMATO** (“*Diritto Penale dell’impresa*”, 1995) y el español **JUAN TERRADILLOS BASOCO** (“Derecho Penal de la Empresa”, 1995).

## 2.9-) **IMPUTACIÓN OBJETIVA A LA EMPRESA DE LOS HECHOS PUNIBLES ENCAUZADOS A SU EXTERIOR.**

Antes de distribuir culpas dentro de la empresa, interesa determinar en qué medida es responsable de los perjuicios que acarrea su actividad. El delito debe reputarse primero a la corporación para distribuirse luego entre sus agentes.

Este problema se presentará en los delitos hacia el exterior de la empresa. Desde luego, será un paso previo a la recriminación interna sólo en la referida *unternehmenskriminalität*.

Así, se distinguen dos momentos: en el primero se verificará si determinado injusto puede enjaretarse a la empresa y en el segundo se distribuirán responsabilidades en el organigrama. Ocupémonos del inicial.

### 2.9.1-) **SOCIEDAD DE RIESGOS.**

El criterio base de la imputación penal contemporánea es el riesgo. Pero no en cualquier medida. Y es que en toda sociedad tecnificada y desenvuelta, cualquier emprendimiento (particularmente el empresarial) entraña contingencias. La cuestión pasa entonces por dilucidar el nivel de peligrosidad permitido.

Como no puede convivirse sin riesgos, no es factible que el ordenamiento jurídico los excluya totalmente.

Los peligros que amenazan a la sociedad actual fueron clasificados por **LAU**, citado por **MARÍA ELENA ÍÑIGO CORROZA**<sup>25</sup>, en tres: tradicionales, provocados por el avance industrial y nuevos riesgos.

Los riesgos tradicionales se caracterizan por ser individualmente imputables. Asimismo, se asumen de manera voluntaria. Como ejemplo podría servir una excursión a las montañas o la aceptación de una operación complicada.

Los riesgos derivados del avance industrial (también llamados “propios del Estado industrial de bienestar”) se atribuyen, por lo general, a un colectivo de personas. Se soportan espontáneamente, previo análisis “costo – beneficio”. Como muestra sirve el mero conducir un automóvil.

En cambio, los nuevos riesgos no se toleran voluntariamente; aparecen como secuela impuesta del actuar mercante o especulativo ajeno. Podrían citarse el agujero en la capa de ozono, los peligros que ocasiona la energía nuclear, etcétera.

Los trances tradicionales e industriales se admiten, antes que personalmente, de manera socializada y trascendida. Los nuevos riesgos no se consienten, son un gravamen que forzosamente impone el “modernismo fatalista”.

Los azares contemporáneos son distintos tanto en su configuración como en sus efectos. Presentan una naturaleza esencialmente cumulativa conforme a la cual, los daños

---

<sup>25</sup> MARÍA ELENA ÍÑIGO CORROZA, “La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos”, Bosch, Barcelona – España, 2.001, Pág. 24.

aparecen como efectos sumativos y sinérgicos de varios factores peligrosos combinados, cada uno de los cuales, por separado, se habría juzgado irrelevante. Al contaminar todos no contaminaría nadie, pues nadie (individualmente considerado) sería responsable del macro - perjuicio acaecido. Se oscurece así la relación causal, tornándose difusa e insegura. Además, es frecuente que los corolarios nocivos aparezcan pasado un largo tiempo (verbigracia, pesticidas químicos sobre generaciones futuras), lo que entorpece la prueba del nexo derivativo y ocasiona problemas de prescripción.

Las dificultades se amplían para fijar la culpa penal, si se atiende a que los nuevos riesgos frecuentemente emergen del ámbito empresarial, donde existe una suerte de "irresponsabilidad organizada". La compartimentación laboral favorece el anonimato de los culpables.

Esta moderna peligrosidad mercantilizada generó a su vez reacciones sociales, económicas y políticas. En este contexto existe una tendencia, más reforzada últimamente, a criminalizar acontecimientos que antes se hubieran definido (tal vez) como desgracias. Ejemplo patente son los casos **YCUA BOLAÑOS** en Asunción – Paraguay y **CROMAGNON** en Buenos Aires – Argentina. Cada día hay menos disposición a explicar las lesiones sobrevenidas del actuar empresarial como infortunios. Los accidentes se están redefiniendo como injustos dolosos.

Los psicólogos sociales justifican el fenómeno por la tendencia humana a explicar sucesos desagradables de la manera más digerible. Enjaretar la tragedia a alguien aumentaría la "soportabilidad" del hecho.

Lo cierto es que vivimos en una "sociedad de riesgos" <sup>26</sup> definida por la constante utilización de instrumentos técnicos y el recurso a procedimientos naturalmente peligrosos. Sus características son, en resumidas cuentas: A-) Incremento del peligro en su intensidad; el hombre viene generando riesgos artificiales de dimensiones gigantescas. B-) Los peligros modernos se provocan como contingencia negocial y con perspectivas de éxito comercial. C-) En la medida en que la sociedad adopta formas más complejas, aumenta la división social del trabajo; ésto conduce a que la responsabilidad se diversifique cada vez más, noción especialmente válida para las empresas de gran envergadura. D-) Sensación de

---

<sup>26</sup> La expresión fue ideada por ULRICH BECK en su trabajo "*Risikogesellschaft*" (1.986). Vide ULRICH BECK, "Teoría de la sociedad de riesgo", traducción de CELSO SÁNCHEZ, separata de VARIOS AUTORES, "Las consecuencias perversas de la modernidad", Anthropos, Barcelona – España, 1.998, Págs. 201/222.



inseguridad; los tres primeros elementos de cambio estructural inquietan a los ciudadanos, que reivindican medidas paliativas. El Derecho Penal responde modificando su sistema de imputación para adaptarlo al surgente modelo de creación de riesgos.

*“Un punto clave a tener en cuenta en nuestro estudio es el cambio del escenario social post – industrial, que ha sido testigo del surgimiento de nuevos peligros que ya no dependen del acaecimiento de una catástrofe ni responden a fenómenos naturales. Muy por el contrario, el mundo actual nos demuestra que los grandes riesgos parten de la mano humana. Es el hombre, a través de sus conductas, el que crea esa cuota de peligro imprevisible. Ante estas circunstancias, resultó característico de este último tiempo acudir a herramientas penales para dar eventuales respuestas a las crecientes demandas sociales de soluciones ante estas nuevas situaciones riesgosas”* <sup>27</sup>.

#### 2.9.2-) **TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.**

Las referencias del párrafo anterior vienen a colación de la imputación objetiva, teoría acuñada para explicar la vinculación entre acción y resultado disvalioso en los delitos. Y es que para esta tesis, ampliamente acogida hoy día, la consumación criminal siempre derivará de algún riesgo jurídicamente desaprobado.

Alrededor de 1.870 se impone el dogma del principio causal. El análisis giraba sobre si el autor había o no lesionado el bien jurídico mediante una conducta corporal voluntaria en el sentido de la *conditio sine qua non*. El alcance de este concepto causal fue corregido por una serie de criterios: desde la teoría subjetiva de la participación, pasando por la teoría de la tentativa, hasta la fundamentación subjetiva de la posición de garante por actuar precedente (injerencia). Con la superación del naturalismo por el *neokantismo*, aproximadamente a partir de 1.900, se reconoció que el concepto causal ilimitado de la teoría de la equivalencia debía restringirse ya en el estadio del tipo objetivo. Como clave para la solución de esta cuestión se formularon las teorías de la causalidad adecuada y de la relevancia típica.

---

<sup>27</sup> GUSTAVO MEIROVICH Y OTROS, “Sociedad de riesgo”, separata de VARIOS AUTORES (ZULITA FELLINI – Coordinadora), “Temas de Derecho Penal Económico y responsabilidad de las personas jurídicas”, Grün Editora, Buenos Aires – Argentina, 2.004, Pág. 101.

Más tarde, entre 1.930 y 1.939, surgen tres corrientes científicas que condujeron al reemplazo de la teoría causal por la teoría de la imputación objetiva. Es en 1.970, con la inclusión del trabajo de **CLAUS ROXIN** en un libro homenaje a **RICHARD HONIG** (*“Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrechts”* en *“Festschrift für Richard M. Honig”*) cuando se da el paso decisivo. **ROXIN** consigue abarcar los enfoques de **RICHARD HONIG** (*“Kausalität und objektive Zurechnung”* en *“Festgabe für Reinhard Von Frank”*), **KARL ENGLISH** (en *“Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände”*) y **HANS WELZEL** (en *“Studien zum System des Strafrechts”*), que trataban aisladamente los criterios de la “posibilidad objetiva de perseguir una finalidad”, de la “adecuación social” y de la “realización del riesgo”. Según la novel concepción, la esencia tanto de los delitos dolosos de lesión como de los imprudentes, consiste en la creación y realización de un riesgo no permitido. Que un comportamiento cause de modo natural determinado resultado, nada dice en realidad sobre la responsabilidad material que corresponde al agente.

A decir verdad, la teoría de la imputación objetiva fue introducida alrededor de 1.930 por **RICHARD HONIG** (*“Kausalität und objektive Zurechnung”* en *“Festgabe für Reinhard Von Frank”*) y **KARL LARENZ** (*“Hegelszurechnungslehre un der Begriff der objektive Zurechnung”*) reciclando a **GEORG HEGEL** (*“Grundlinien der Philosophie des Rechts, herausgegeben von Georg Lasson”*) y sólo reformulada por **ROXIN**.

El punto de partida es el desplazamiento de la correspondencia nomotética entre causa y efecto típico por una relación basada en consideraciones jurídico - normativas. La causalidad natural será un límite mínimo y primario, no suficiente para atribuir el menoscabo delictual. Una vez comprobada se verificará además: A) Si la acción creó un peligro jurídicamente desaprobado. B) Si el resultado es la realización efectiva del peligro.

Ambos presupuestos se deducen del fin de protección de la norma penal. La ley sancionatoria sólo prohíbe acciones en cuanto creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y en cuanto produzcan un resultado que hubiera podido evitarse. De ello se derivan criterios que suprimen, ya en el nivel de la tipicidad objetiva, comportamientos irrelevantes para el Derecho Penal.

Una derivación típica será atribuible a cierto factor, en este caso empresarial, cuando sea la materialización concreta del riesgo jurídicamente desaprobado que genera.

Como vemos, en el tratamiento de la imputación objetiva existen habitualmente dos ámbitos problemáticos. En uno se intenta separar el comportamiento prohibido del permitido, el riesgo aprobado del desaprobado y en otro se procura saber si el peligro antijurídico desembocó finalmente en el resultado típico.

Los criterios de imputación objetiva operan positivamente fundamentando responsabilidades y al mismo tiempo lo hacen de forma negativa, excluyendo el reproche cuando no se verifican las condiciones de atribuibilidad.

Es importante aclarar que para la imputación objetiva, todo elemento de subjetividad en la acción queda excluido, concerniendo a la llamada imputación subjetiva.

Aunque vayamos a analizar la asignación de desenlaces delictuales a la empresa como persona ideal, idénticos discernimientos se emplearán luego, en la repartición interna de incumbencias.

### 2.9.3-) **EL RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO.**

Conforme a la teoría analizada, sólo podrán relacionarse acción y resultado cuando éste sea derivación concreta del peligro prohibido que aquélla importe.

No todas las acciones arriesgadas se valoran negativamente. Ciertas peligrosidades se toleran por las utilidades que proporcionan. No hay que olvidar que cualquier contacto social envuelve un riesgo, en mayor o menor medida. Una comunidad sin azares es inviable. En este sentido, hasta nuestras más cotidianas prácticas son aventuradas y no por ello se prohíben (conducir, practicar deportes, trabajar, etcétera). El riesgo inherente a la configuración comunitaria se soporta.

La permisión de un peligro preexiste si el provecho de la actividad generadora es bastante para quien habrá de cargar los costos eventuales: el ciudadano.

Un proceder que devenga riesgo permitido se considera normal porque la comunidad lo acepta. *“El riesgo permitido funciona como una causa de exclusión del nexo de causación; la interrelación de los seres humanos y las actividades que éstos desarrollan siempre implican la realización de riesgos; salir a caminar implica el*

*riesgo que llueva y nos mojemos, que nos atropellen, que nos asalten, que conozcamos a la mujer de nuestros sueños y nos ignore; son los llamados riesgos de la vida”*.<sup>28</sup>

Los comportamientos que crean peligros tolerados no realizan tipo alguno, aunque por desdicha ocasionen daños.

Cuando una actividad corporativa se desarrolla dentro de un riesgo socialmente permitido, aunque dañifique a terceros, no puede dar lugar a reproches jurídicos.

Luego, cuando la empresa haya circunscrito su actuación a los linderos normativos o consuetudinarios de gestión, una eventual secuela nociva no le será endosable. Habrá en todo caso desgracia y no injusto punible.

Para que un riesgo se defina como desaprobado, se toma como parámetro el consenso social dentro de límites espaciales y temporales. Cada comunidad debe discernir cuáles eventualidades está dispuesta a soportar.

El problema práctico que presenta el criterio estriba en cómo discernir si determinada realización es o no correcta socialmente. El principio *in dubio pro reo* debe aplicarse cuando no exista certeza.

Básicamente, el legislador decidirá a partir de qué momento una conducta peligrosa debe juzgarse prohibida (atendiendo a la cantidad de riesgo – criterio cuantitativo) o cuáles conductas se permiten y cuáles no (atendiendo a la cualidad del riesgo – criterio cualitativo).

La existencia de riesgo desaprobado es frecuentemente una cuestión que no responderá el Derecho Penal, pues los límites tolerados en cada sector de la vida social se establecen por regulaciones primarias extrapenales. Al decir de **PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO**, para determinar la concurrencia o no de peligro extralimitado debe observarse si se respetaron “(...) *las normas administrativas de control de la actividad, si es que existen, así como las normas técnicas, escritas o consuetudinarias, deontológicas o de la experiencia que rigen la actividad (...)*”<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> ADOLFO PRUNOTTO LABORDE, “Causalidad e imputación objetiva”, Juris, Rosario – Argentina, 2.004, Pág. 387.

<sup>29</sup> PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO, “Tipicidad e imputación objetiva”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 1.998, Pág. 76.

Así, un riesgo excedido se crea, primordialmente, infringiendo la norma que indica cómo deben hacerse las cosas. Se defraudan, en definitiva, expectativas sociales que equilibran el sistema sostenido de desarrollo.

Como dijimos, el Derecho Penal no suele anotar las situaciones que devengan peligros prohibidos, salvo cuando sus normas describen comportamientos que, por causar riesgos especialmente considerables, deben evitarse (contaminación de las aguas por ejemplo).

Las fuentes normativas del peligro vedado son por lo general administrativas. Con mayor frecuencia son cánones fuera del Derecho Penal los que contienen reglamentaciones tendientes a la reducción o eliminación de los trances que determinadas actividades conllevan. Esto sucede, verbigracia, en el caso de instalaciones cuya explotación puede producir daños ambientales, en las empresas de transporte cuando se trata de las condiciones de sus vehículos, en las empresas de construcción con relación a los requisitos de seguridad para los edificios.

Los riesgos de estos negocios o instalaciones se toleran cuando se cumplen ciertas reglas dirigidas a la reducción del potencial nocivo.

Ahora, la regulación positiva de las operaciones que acarrearán riesgos no es uniforme; variará de acuerdo con el interés preventivo que cada país o región tenga. Pero, que no estén normativizadas ciertas precauciones para determinadas actividades, no indica necesariamente que la comunidad desconozca innegables deberes de cuidado al respecto.

Debido a la diversificación que caracteriza a la modernidad y al acelerado desarrollo de la técnica en sus diversas manifestaciones, no siempre son posibles regulaciones legales que procuren la minimización de contingencias. De allí que complementan la actividad del legislador otras fuentes descriptoras de peligros prohibidos como los reglamentos extra-jurídicos (por ejemplo, los provenientes de los distintos gremios profesionales), la noción de "hombre prudente", la costumbre, la ponderación de intereses (ventajas versus peligros), etcétera.

La creación de peligros reprobados se analiza desde un punto de vista *ex ante*, porque se trata de estudiar los factores sin tener en cuenta, en principio, el resultado. La

peligrosidad enjuiciada *ex ante*, como característica de la acción, constituye un requisito básico del disvalor de ésta.

La conducta debe ser arriesgada *per se* y no por el efecto que tuvo.

Por lo demás, condición necesaria para la valoración negativa de una actividad es la relevancia externa de ésta; no basta con que apareje riesgos, éstos deben trascender la esfera del agente (corporativo en nuestro caso) afectando a otros.

Los criterios para la determinación de la conducta como creadora o no de un riesgo desaprobado son: la exigibilidad personal (o sea, lo exigible a cada persona según su rol social), la exigibilidad temporal (qué era y qué no era exigible en ese momento) y la abstracción de riesgos residuales permitidos o niveles de riesgo que no se puedan eliminar del todo.

En la economía de mercado, debe tenerse en cuenta que tanto los ciudadanos individualmente considerados como las empresas tienen un amplio campo de libertad para su propia configuración y desempeño. Como contrapartida de ello, la libertad económica no debe concretar riesgos desaprobados social y jurídicamente que afecten o lesionen a terceros.

Es por eso que la libertad de mercado supone la existencia de reglas que le sirven de estatuto. La forma de asegurar la existencia y funcionamiento del mercado libre es a través de ciertos preceptos que deben observar quienes intervengan en él.

Los procesos productivos empresariales son decididamente peligrosos. El funcionamiento de cualquier compañía, sus instalaciones, personal, manufacturas, eventualmente pueden menoscabar derechos ajenos penalmente tutelados.

Ahora, sin estos riesgos naturales ningún negocio podría funcionar. La eliminación de la empresa como modalidad económica (ni falta hace decirlo) perjudicaría inconcebiblemente la interacción comercial.

Esta configuración peligrosa se acepta entonces por los beneficios que históricamente aporta. Sin embargo, sólo se admite en la medida en que se respeten los cánones (escritos

o consuetudinarios) que regulan el funcionamiento corporativo y tratan de reducir al mínimo posible sus potenciales efectos perniciosos.

La empresa se constituye en el sistema económico como agente operativo. Ofrece determinados bienes que cubren las necesidades demandadas por el consumidor. Para realizar esta función de manera óptima precisa una organización interna. La división de funciones y la asignación de competencias diferenciadas es un modo habitual de organizarse lícitamente dentro del mercado económico.

La participación en plaza exige de las empresas una estructura semi – estándar, adecuada a su programa de objetivos y al marco regulador.

La obligación de contener y prevenir riesgos empieza por distribuir funciones observando criterios de especialización y seguridad, de modo que la propia alineación interna no constituya un riesgo prohibido en sí.

La distinción entre coordinación y división jerárquica (lo que se denomina ordenación horizontal y vertical respectivamente) tiende a ilustrar sobre asignación de competencias (derechos y obligaciones) que serán penalmente relevantes sobre todo en el campo de la autoría cuando se verifiquen hechos ilícitos. Mientras en los delitos comunes usualmente quien ejecuta la acción será el autor y responsable del delito, en materia empresarial probablemente haya que distinguir entre el ejecutor material de la conducta y quien, en definitiva, será considerado autor y responsable del ilícito.

Pero, volviendo a lo particular de este apartado y en resumen, la empresa puede devengar riesgos prohibidos de dos formas: A-) Quebrantando normas que regulen cualquier aspecto del establecimiento, su actividad, gestión o funcionamiento. B-) Disponiendo de manera inadecuada su propia colocación interna. *“Por eso, antes de juzgar cómo imputar responsabilidades dentro de la estructura, es bueno evaluar si la propia división de funciones en una empresa no constituye en concreto un riesgo mayor que el aceptable. Este análisis juzga el modo mismo de organizarse la empresa en función del mayor o menor incremento del riesgo penalmente relevante (...)*

*ninguna estructura jerárquica, división de funciones o sistema de delegación puede amparar o justificar la producción de riesgos desaprobados (...)*<sup>30</sup>.

Si se produce un resultado delictual derivado de un riesgo que generó la empresa, empero, sin violentar ningún canon de funcionamiento ni acomodar inadecuadamente a sus dependientes, no podrá imputársele. El hecho será atípico ya en el plano objetivo.

#### 2.9.4-) **LA REALIZACIÓN DEL RIESGO.**

Para que un resultado criminal sea imputable es preciso que, además de la relación causal, exista una relación de riesgo; es decir, que como consecuencia del riesgo creado se produzca la secuela típica. No basta, diría **WOLFGANG FRISCH**, *“(...) que alguien haya provocado los resultados típicos de modo causal y que haya creado, mediante su conducta, un riesgo desaprobado de producción de tales resultados. Es necesario, más bien, que estos resultados se configuren como la realización de un riesgo desaprobado creado por el autor”*<sup>31</sup>.

En lo referente a la forma como debe denominarse la relación entre riesgo prohibido y resultado penalmente relevante, existe una enorme confusión terminológica (“realización del riesgo”, “relación de causa”, “causalidad de la culpa”, “causalidad de la lesión al deber de cuidado”, “causalidad de la evitabilidad”, “relación de contrariedad al deber de cuidado”, “relación del fin protector de la norma”, “relación de antijuridicidad”, etcétera).

Pese a que la diversidad de calificativos no es obstáculo que impida comprender la necesidad del vínculo entre conducta y derivación, nos parecen equívocas las designaciones que aluden directamente al fenómeno de causalidad, porque parecen indicar un problema naturalístico, cuando que en verdad se trata de una ligazón normativa.

En un sistema que debe funcionar tanto para delitos dolosos como para culposos, nos parece asimismo desatinada la denominación “relación de contrariedad al deber de cuidado”.

<sup>30</sup> GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, “Algunos criterios de imputación en la empresa”, separata de VARIOS AUTORES (PERCY GARCÍA CAVERO – Coordinador), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 2.004, Págs. 389/390.

<sup>31</sup> WOLFGANG FRISCH, “Tipo penal e imputación objetiva”, Editorial Colex, Madrid – España, 1995, Pág. 50.



Por otra parte e igualmente, los apelativos contruidos sobre la “teoría del fin de protección de la norma” son poco afortunados, porque no aluden de forma genérica al vínculo acción – resultado, haciendo referencia parcialista a uno de tantos criterios doctrinalmente propuestos para verificar la existencia de tal relación.

En consecuencia, consideramos que el *nomen iuris* debe ser “realización de riesgos”, porque subraya la exigencia de proximidad entre conducta y resultado, la que solamente existirá cuando el riesgo prohibido haya sido el mismo que se realizó en el desenlace típico.

La materialización del peligro como segundo presupuesto de la teoría *sub examine* depende, como es lógico, de la consumación del hecho punible.

Mientras que la determinación antijurídica del riesgo es producto de una consideración *ex ante*, el juicio sobre la realización del perjuicio merece valoración *ex post*.

El resultado dañino es siempre consecuencia de una cantidad más o menos elevada de fortuna o desgracia. Lo que verdaderamente puede imputarse a un sujeto (a la sazón, empresarial) es aquéllo que domina o puede dominar, no aquéllo que no controla, en mayor o menor medida producto el azar.

Cuando se comprueba la existencia de una conducta típica y se produce el resultado normativo disvalioso, debe analizarse la atribución de éste a aquélla.

Para relacionar algún daño a cierta actividad (corporativa en nuestro caso) es necesario afirmar que el peligro generado explica el curso lesivo.

Cuando sin la conducta desaprobada peligrosa es imposible explicar el resultado penalmente relevante, estaremos en presencia de un comportamiento que, habiendo producido un riesgo prohibido, se realizó en el corolario delictual.

Por el contrario, cuando un resultado penalmente relevante pueda explicarse sin la información que suministra la conducta implicada, habrá una actuación que, aunque disvaliosamente arriesgada, finalmente no se concretó.

Tradicionalmente se acude al concepto de causalidad para tratar la relación entre peligro y resultado lesivo.

En ciertas coyunturas son varias las actuaciones que aparecen cercanas al resultado. Sólo interesa aquélla que infrinja la norma de conducta que tenga como específica finalidad evitar la derivación.

El riesgo debe ser imprescindible para explicar la secuela penalmente relevante. Afirmar que una conducta es imprescindible para la producción del resultado es fruto de la experiencia y de los conocimientos de los expertos en la materia (peritos).

Por lo demás, un resultado no puede imputarse a una conducta sino cuando su autor haya tenido la posibilidad de dominar el suceso y conducirlo hacia el resultado finalmente producido, es decir, cuando ese resultado fuera evitable (evitabilidad y conducibilidad).

El corolario punible debe ser, además, consecuencia previsible del riesgo reprochado involucrado (previsibilidad).

Explicar un curso lesivo es mucho más que ubicar el mero contexto de condiciones concurrentes.

Si observáramos al mundo desde una perspectiva exclusivamente mecánico – científica, a cualquier acción le serían imputables las reacciones producidas por leyes físicas de consecuencia. Así, quien lesione a otro responderá por homicidio si le alcanza un rayo camino al centro asistencial.

Igualmente si profesamos que los hombres están sujetos a un destino fatalista.

Sin embargo, estas nociones no constituyen (en la actualidad) razonamientos válidos. El mundo y la vida se conciben, en lo fundamental, como susceptibles de planificación.

Así, cualquier comportamiento conlleva una modificación planificable del mundo y a la vez, una modificación que puede tener lugar en cuanto suerte o desgracia. Lo que se planifica como algo bueno puede conllevar algo malo y viceversa.

A causa de la imprevisible contingencia del mundo, sucede constantemente que los cambios planificables entrañan otros no planificables. Éstos últimos, ni se consideran hechos encomiables cuando traen consigo algo bueno ni fechorías cuando aparejan algo malo pues, si ya no se trata de una visión mecánica ni agorera sino de la configuración racional del mundo, sólo cabrá imputar lo accesible a esa configuración racional, quedando excluidas las imprevisiones.

Ningún perjuicio podrá imputarse a un proceso empresarial si no fuera consecuencia verdaderamente previsible del mismo; será, en todo caso, producto del infortunio y la adversidad.

#### 2.9.5-) **CRITERIOS CORRECTIVOS Y COMPLEMENTARIOS.**

Frente a cierta índole de casos ante los cuales el principio llano del riesgo daba respuestas insuficientes, la teoría de la imputación objetiva desarrolló criterios correctivos y suplementarios.

El criterio de la **DISMINUCIÓN DEL RIESGO** sugiere no imputar el resultado a un comportamiento que haya reducido la probabilidad de lesión al bien jurídico amenazado de modo inminente por otro peligro más grave. En estos casos, la conducta será atípica. Por ejemplo, a la empresa farmacéutica que introduce una fórmula paliativa para una enfermedad grave no le serían objetivamente imputables las migrañas leves que produzca el medicamento como contraindicación.

El criterio de **NO CREACIÓN DE UN RIESGO RELEVANTE** determina que no serán apreciables los peligros nimios o irrisorios. En ocasiones, pueden crearse riesgos no muy reprobables que sin embargo den lugar a resultados graves. Cuanto menor sea el fallo de los intervinientes, en mayor medida el curso será una desgracia.

El criterio del **NEXO CAUSAL HIPOTÉTICO** o de la **CONDUCTA ALTERNATIVA CONFORME A DERECHO** resuelve el caso en que el objeto de la acción ya estaba expuesto a peligro. Para algunos autores, el resultado será objetivamente imputable si la conducta contribuye al peligro concretado en el resultado (principio de la **ELEVACIÓN DEL RIESGO**). Por el contrario, hay quienes partiendo del principio *in dubio pro reo*, juzgan que sólo podrá atribuirse el resultado cuando se pruebe con seguridad que el mismo no se hubiera producido de ejecutarse la conducta adecuada. Nos adherimos a la segunda

tesitura. La cuestión radica en determinar si el comportamiento conforme a derecho de quien actuó indebidamente hubiese o no evitado la lesión ya amenazada por un peligro concurrente. Unos dicen que la mera elevación del riesgo antecedente merece imputación y otros (como nosotros) que la duda subsistente favorecerá al endilgado desvinculándolo. Por ejemplo, una sociedad compra un banco en quiebra técnica y adopta decisiones que terminan consumando la insolvencia. A nuestro modo de ver, si existen dudas sobre si la entidad de todas formas hubiese quebrado, la actuación empresarial agregada, aunque prohibitivamente riesgosa, queda impune.

Los criterios de **ACELERACIÓN DE LA CAUSALIDAD** y de **CAUSALIDAD DE REEMPLAZO** resuelven los casos en los que la acción recae sobre un objeto expuesto a una pérdida segura. También importan entonces riesgos concurrentes y amenazas preexistentes, empero, de segura consecuencia lesiva. El primero se refiere a la conducta ilegítimamente peligrosa que adelanta el resultado punible de producción segura por el riesgo anterior; por ejemplo, una empresa bioquímica lanza un producto que por defectos en la fórmula adelanta la muerte segura de un paciente con enfermedad terminal. El segundo atañe a los casos en los que el resultado acaece en el momento en que naturalmente debieron ocurrir como efecto del peligro precursor; por ejemplo, una curtiembre arroja desperdicios a un cause previamente contaminado por la curtiembre vecina. Si se afirma que las normas de conducta mandan “evitar” menoscabos criminales, desde luego que los eventos “inevitables” no serán imputables (aunque siempre quede en pie la posibilidad de sancionar la tentativa).

El criterio de la **ESFERA DE PROTECCIÓN DE LA NORMA** excluye la imputación de resultados ajenos a los que la norma de conducta violentada pretendía evitar. Lo esencial será determinar si la norma violentada con el riesgo prohibido está destinada a impedir consecuencias lesivas directas o también daños secundarios desencadenados. Será de importancia analizar el bien jurídico involucrado en el tipo penal respectivo. A un peligro prohibido sólo pueden adosarse las consecuencias directas prevenidas por la norma penal involucrada y no otras. Por ejemplo, una sociedad financiera no será responsable si alguno de sus ahorristas estafados muere enterado de la cesación de pagos.

En un escenario en el que intervienen varias personas (físicas o jurídicas), el **PRINCIPIO DE CONFIANZA** exonera a la que desempeña su cuota de participación fiándose de que las demás harán lo propio. Cada uno de los implicados en una actividad conjunta debe poder confiar en que los demás se comportarán conforme al cuidado debido.

Dentro del campo general de distribución de tareas, no sólo se verifica una asignación de cargas sino también límites a la competencia u obligación. Esto quiere decir que, quien tiene asignada una función, puede dedicarse de manera intensiva a cumplir con ella sin controlar las tareas ajenas. De otro modo sería imposible desarrollar amplios ámbitos de la vida actual y baste para ello pensar que, si en una operación de trasplante el cirujano tuviera que vigilar al último instrumentista, administraría deficientemente su rol. Este principio se limita, sin embargo, cuando el peligro ya surgió antes como consecuencia del descuido ajeno, cuando sea probable la falla del otro atendiendo a su especial situación verificable o cuando justamente, la obligación de uno sea vigilar o controlar el comportamiento de otro. Aunque volveremos sobre este criterio más adelante desde que se aplica a la división horizontal de tareas empresariales, es posible pensar un ejemplo para este párrafo: imagínese un consorcio de firmas cada una de las cuales fabrica componentes distintos para un automóvil; un eventual accidente por desperfectos de fábrica no podrá endilgarse a la compañía que cuadró su pieza suponiendo la fiabilidad de las demás a la postre defectuosas.

La **PROHIBICIÓN DE REGRESO**, de larga data y pensada en sus comienzos para corregir la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad material, afirma que cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el Derecho Penal pero con ella facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante o excede los límites del riesgo permitido. Quien asume un vínculo estereotipado inocuo con otro ser humano, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incluya el vínculo en una organización no permitida. Existe prohibición de regreso cuando alguien unilateralmente desvía hacia fines delictivos propios una conducta que es, en sí misma, inocua o socialmente adecuada. No existe prohibición de regreso si quien crea la situación peligrosa tiene una posición de garante en virtud de deberes preexistentes a la conducta que realiza y ha defraudado las expectativas que emergen en su ámbito de responsabilidad. Este último concepto es de suma importancia para el Derecho Penal Empresarial. El empresario - Director no podrá exculparse como autor simultáneo culposo de determinado delito cuando involuntariamente haya facilitado las condiciones para que los subalternos contravengan. Y esto porque, como titular del dominio de configuración empresarial, es garante para terceros de una actividad comercial segura y no contraproducente (sobre ésto volveremos luego). La posición de garante en la empresa surge “(...) *tanto del dominio fáctico sobre los elementos peligrosos del*

*establecimiento como también del poder de mando sobre los trabajadores fundamentado legalmente”* <sup>32</sup>.

Conforme a la llamada **ESFERA DE COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA**, no puede declararse responsable a una persona (en nuestro caso societaria) cuando la causa del daño es el comportamiento de la propia víctima; es decir, cuando la persona actúa a su propio riesgo, violando su deber de autoprotección o prestando consentimiento. La configuración de algún contacto social puede determinar que el control situacional no competa sólo al autor del daño, sino también a la víctima. Si es la misma víctima quien contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, éste no se considera plasmado en el resultado. *“Este grupo de casos tiene relevancia práctica sobre todo cuando, como consecuencia del uso de productos elaborados por la empresa, se produce la lesión de bienes jurídicos de los compradores. Aquí habrá que distinguir: si el comprador utiliza el producto para fines no previstos o si ignora las advertencias acerca de los peligros del producto o las instrucciones de uso que se le proporcionen, será él el responsable de las lesiones o daños que se deriven; por el contrario, la solución será diferente cuando las consecuencias lesivas se produzcan en el uso previsto o habitual del producto y sin que el consumidor se haya apartado de las instrucciones. En este último caso, la empresa es la responsable si no ha informado acerca de peligros del producto que para ella eran conocidos o que tenía por posibles o si dichos peligros le son desconocidos por no haber realizado los controles obligados o usuales”* <sup>33</sup>.

### 3-) **DERECHO COMPARADO.**

El Derecho Penal Empresario encuentra en cada país figuras jurídicas propicias para canalizar respuestas a los problemas de imputación que plantea.

Cada ordenamiento prevé las herramientas, más o menos efectivas, con las que debe trabajar el Juez para levantar el velo societario y atribuir culpas a las personas físicas encubiertas.

<sup>32</sup> BERND SCHÜNEMANN, “Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal”, Fabián Di Plácido Editor, buenos Aires – Argentina, 2.004, Pág. 31.

<sup>33</sup> WOLFGANG FRISCH, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo”, separata de VARIOS AUTORES (SANTIAGO MIR PUIG Y OTRO – Coordinadores), “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto”, Bosch, Barcelona - España, 1.996, Pág. 105.

El Código Penal de la República del Paraguay es uno de los más avanzados de América y legisla casi todas las figuras que aprovecha la dogmática comparada para dirimir la responsabilidad penal en la empresa: autoría mediata, omisión impropia y actuar en lugar de otro.

El organigrama escalonado de la empresa permite a los directivos valerse de sus dependientes para delinquir. Los regentes suelen exponer a sus empleados permaneciendo ellos invulnerables.

Este aprovechamiento de los subalternos nos coloca frente al instituto de la "autoría mediata". Autor mediato es el que, dominando el hecho, se sirve de otra persona para ejecutar la acción típica.

Esta modalidad relaciona a dos personas: el "hombre de atrás o autor de escritorio" y el "hombre de adelante u hombre de paja". La perpetración delictiva mediante terceros se denomina, gráficamente, "instrumentación".

El autor de escritorio controla el curso causal como lo haría si actuase de propia mano.

La autoría mediata en sentido estricto importa la manipulación de un intercesor a quien, por lo general, no podrá imputársele la acción que ejecuta por ausencia de una decisión delictuosa que genere responsabilidad. La voluntad del hombre de adelante se subordina a la del hombre de atrás.

Sin embargo, en determinadas circunstancias podrán concurrir culpables mediatos e inmediatos. En tales casos se habla de "autor detrás del autor".

**CLAUS ROXIN** introdujo en 1.963 al "instrumento que obra en un aparato de poder" (sus cavilaciones al respecto se publicaron primero en la revista "*Goldammer's Archiv*" y se engarzaron más tarde al conocido volumen "*Täterschaft und Tatherrschaft*"). Existe autoría mediata cuando se impele a un dependiente en una organización jerarquizada a cumplir mandatos delictivos.

**ROXIN** rastreó un nuevo fundamento para descubrir al hombre de atrás frente a hombres plenamente responsables: la fungibilidad del ejecutor.

Este operador, aunque consciente de sus actos, carece de individualidad relevante por constituir una mera rueda intercambiable del engranaje estructural.

La tesis servirá (volveremos luego sobre esto) para endosar autoría mediata al directivo que, dominando los recursos humanos y el andamiaje corporativo entero, se sirve para delinquir de un empleado prescindible, a quien podría trocar por otro si se negara. Como el trabajador no es engañado ni coaccionado, su responsabilidad paralela y concurrente (como autor inmediato) no se discute.

La autoría mediata se prevé en los siguientes artículos: 29 C.P. paraguayo, § 25 C.P. alemán, 20 C.P. boliviano, 29 C.P. colombiano, 45 C.P. costarricense, 18 C.P. cubano, 15 C.P. chileno, 42 C.P. ecuatoriano, 28 C.P. español, 36 C.P. guatemalteco, 32 C.P. hondureño, 24 C.P. nicaragüense, 13 C.P. federal mexicano, 23 C.P. peruano, 34 C.P. salvadoreño, 39 proyecto argentino de reforma del Código Penal <sup>34</sup>.

Empleando la estructura de la “comisión por omisión”, podrá estimarse que delinquen omitiendo quienes no eviten un resultado típico cuando suceda en el ámbito de su competencia, siempre que debieran y pudieran hacerlo.

El organigrama empresarial genera ámbitos de competencia individual diferenciados. De cada perímetro o burbuja (categorizados en distintos niveles) se responsabiliza un sujeto quien de ese modo, pasa a responder del *output* que surja de la esfera de dominio cuya organización interna le compete. En concreto, el agente asume frente al entorno de su ámbito organizativo, un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan dimanar de las personas o cosas que estén bajo su dirección.

Esa obligación particular se denomina “deber de garante o de garantía”.

En materia corporativa, cada funcionario delegado tendrá un específico deber de garantía impuesto por las funciones que desempeña. Así las cosas, sólo responderá por los

---

<sup>34</sup> Redactado por la “Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma y actualización integral del Código Penal” conformada por resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 303/04 y N° 136/05.



resultados perniciosos derivados de los riesgos concretos que deba precaver. No debemos olvidar que quien recibe una competencia, se compromete por el hecho mismo de aceptarla a evitar que el ejercicio de sus labores devengue riesgos prohibidos. Sin embargo, esta obligación se circunscribe al ámbito de trabajo concretamente asignado.

Los titulares del establecimiento cargarán siempre con un deber residual y más amplio: asegurar que la actividad comercial (entera) no genere riesgos jurídicamente desaprobados.

El directorio organiza la empresa. Esta prerrogativa genera consecuencias positivas y negativas: positivas en cuanto recibe las utilidades pecuniarias del negocio y negativas desde que responde por sus derivaciones punibles.

El deber de garante del jerarca se fundamenta en el hecho de haber organizado y puesto en marcha, libremente y con exclusión de terceros, una actividad empresarial naturalmente peligrosa. Como ostenta el dominio sobre los procedimientos técnicos y recursos humanos, debe impedir que los mismos dañen intereses de terceros.

Además se entretiene la cuestión "utilidades versus compromiso social": el empresario debe brindar a la comunidad una seguridad equivalente a los beneficios lucrativos que recibe de ella.

Es importante subrayar que no habrá tipicidad cuando el omitente carezca de la capacidad psicofísica necesaria para ejecutar la acción esperada.

La comisión por omisión está prevista en los siguientes artículos: 15 C.P. paraguayo, § 13 C.P. alemán, 13 *bis* C.P. boliviano, 25 C.P. colombiano, 18 C.P. costarricense, 12 C.P. ecuatoriano, 11 C.P. español, 121 – 3 C.P. francés, 18 C.P. guatemalteco, 13 C.P. hondureño, 7 C.P. federal mexicano, 17 C.P. panameño, 13 C.P. peruano, 20 C.P. salvadoreño, 12 C.P. *tipo* para Latinoamérica.

En otro orden de cosas, se distingue entre "delitos comunes o generales" y "delitos especiales". Los delitos comunes pueden perpetrarse por cualquiera y los especiales sólo por quienes reúnan particulares condiciones de autoría que el tipo prevé.

La categoría dogmática del "actuar por otro" resuelve los casos en que los específicos requisitos de autoría se verifican en la persona jurídica, pero no en sus órganos de representación (que en definitiva ejecutan el substrato naturalístico de la infracción). Un ejemplo podrá aclarar el concepto: único sujeto activo posible de la evasión impositiva es el contribuyente; en ausencia de la regla analizada, si una empresa evadiera gravámenes, no podría punirse a sus directivos porque básicamente, no son los obligados tributarios.

En tales situaciones, empleando la fórmula, las cualidades especiales del ente representado se extienden a los representantes. Se dota al sistema penal de un mecanismo que permite llegar, a través de la corporación, hasta la persona física que actuó sirviéndose de la estructura societaria.

El actuar por otro permite adosar a un *extraneus* la responsabilidad que en principio corresponde al *intraneus*.

Ahora, esta regla no impone una suerte de responsabilidad objetiva para el jerarca. Ha de recalcarse que es siempre necesaria su participación efectiva y concreta en el hecho.

Sin embargo, en Paraguay, la jurisprudencia insiste en responsabilizar al directorio sin que sus miembros hayan realizado la acción u omisión relevante. *“La incorporación del principio no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes de entre sus miembros han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurrieren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes (...) Más, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica, del citado precepto no cabe inferir que no hayan de*

*quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos (...)*”<sup>35</sup>.

Conviene subrayar que el precepto se legisló, únicamente, para salvar las lagunas de punibilidad generadas cuando se delinque sin tener cualidades objetivas de autor, pero representando a quien sí las tiene. *“De tal forma que si el elemento especial de la autoría concurre ya personalmente en el representante, la atribución de responsabilidad a éste ha de llevarse a cabo desde el tipo penal de la parte especial, prescindiéndose de la disposición del actuar en lugar de otro”*<sup>36</sup>.

Insistimos, pese a lo obvio de la cuestión, que la aplicación es sólo a propósito de delitos especiales. En relación a los delitos comunes, no existe obstáculo alguno para punir a las personas físicas participantes conforme a los criterios generales de la comisión activa y de la comisión por omisión, así como de la autoría y participación.

A mayor abundamiento, el actuar por otro sirve a los delitos especiales propios. En los delitos especiales impropios no existe escollo de impunidad, pudiéndose aplicar al infractor el tipo penal común que cupiese.

El actuar por otro está previsto en los siguientes artículos: 16 C.P. paraguayo, § 14 C.P. alemán, 13 *ter* C.P. boliviano, 29 C.P. colombiano, 31 C.P. español, 38 C.P. guatemalteco, 27 C.P. peruano, 38 C.P. salvadoreño, 14 Ley Penal Tributaria argentina N° 24.769, 43 proyecto argentino de reforma del Código Penal.

En materia de culpabilidad empresarial, Alemania es el único país (que conozcamos al menos) con una contravención específica por desatender los deberes de vigilancia que corresponden al empresario. Dice el § 130 del OwiG (Código Contravencional Federal): *“Quien, en el carácter de propietario o titular de una empresa, dolosa o culposamente omitiese adoptar las medidas de vigilancia necesarias para evitar la realización de*

---

<sup>35</sup> JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, “El actuar en representación de otro en el Código Penal español”, separata de VARIOS AUTORES (PERCY GARCÍA CAVERO – Coordinador), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 2.004, Pág. 285.

<sup>36</sup> JULIO F. MAZUELOS COELLO, “La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del actuar por otro”, separata de VARIOS AUTORES (PERCY GARCÍA CAVERO – Coordinador), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 2.004, Pág. 341.

*infracciones amenazadas con penas vinculadas a la actividad de la empresa, será punible por contravención, si al cometerse una contravención o delito se acredita que la aplicación de la vigilancia debida hubiese evitado esa falta o delito”.*

La disposición consagra un deber de garantía cuya vulneración deriva en contravención por omisión propia.

La infracción se consume con la mera omisión; el delito o falta subsecuentes serían condiciones objetivas de punibilidad.

No se excluye la posibilidad de omisión impropia concurrente del jerarca en cuanto al ilícito relacionado.

El delito principal podrá ser cualquiera, sea cual fuese el bien jurídico vulnerado. En punto a esta última cuestión, la doctrina excluye la responsabilidad del empresario tratándose de crímenes “altamente personales” como la violación.

Finalmente, debemos mencionar que algunos sistemas optan por la responsabilidad penal directa de la propia empresa (como persona jurídica). Así, el Art. 121 – 2 C.P. francés, el Art. 11 C.P. federal mexicano y el Art. 67 del proyecto argentino de reforma del Código Penal.

La aceptación de un principio como “*societas delinquere potest*” importa modificar criterios de legitimación del Derecho Penal vinculados a los fines de la pena, los conceptos de acción, dolo y reprochabilidad.