

Las estructuras típicas omisivas como instrumento de imputación para delitos cometidos en el ámbito de la actividad empresarial

JOSÉ DANIEL CESANO¹

SUMARIO: I.- Premisa epistemológica y plan de trabajo. II.- Los problemas para la determinación de la autoría criminal en la estructura empresarial y su proyección sobre las estrategias político criminales: 1.- Organización de la empresa. 2.- La empresa: titularidad, poder y conducción. 3.- La administración de hecho. 4.- Proyecciones sobre las estrategias político criminales. II.- Las estructuras típicas omisivas como instrumento de imputación en los delitos cometidos en ámbito de la actividad empresarial: 1.- Introducción. 2.- La posición de garante del titular de la empresa y los delitos de comisión por omisión u omisión impropia: A) Caracterización. B) En búsqueda de una interpretación razonable frente a la persistencia en la utilización de esta categoría dogmática. 3.- El deber de vigilancia de la empresa y la tipificación de estructuras omisivas puras. III.- Conclusiones.

I.- Premisa epistemológica y plan de trabajo

La regulación jurídico-penal de la criminalidad empresarial constituye, hoy, un fecundo campo de investigación. Los diversos capítulos que conforman el denominado derecho penal de la empresa² “se han especializado de forma tal que constituyen ya tópicos de la actual discusión jurídico-penal”³. Así, dentro de su marco general, se da cobijo a temas tan variados como el de la responsabilidad penal de la empresa misma; la responsabilidad personal de sus titulares; de sus órganos de conducción y representación; la responsabilidad por la toma de decisiones en órganos colegiados; etcétera.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Codirector del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Derecho Penal Económico (<http://ciidpe.com.ar/areas.html>). Miembro del Comité Científico de “L’altro diritto. Centro di Documentazione su carcere, devianza e marginalità”, Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto, Università degli Studi di Firenze. Miembro del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies - Nueva York). Profesor de postgrado en las Universidades Nacionales de Córdoba (*Especialización en Derecho penal y Especialización en Derecho de los negocios*), Buenos Aires (Maestría en Derecho Penal del Mercosur); Nordeste (Maestría en Ciencias Penales); La Rioja (*Diplomatura en Derecho penal*) y Cuyo (*Postgrado en Derecho procesal penal*). Profesor de postgrado en las Universidades Blas Pascal (*Especialización en Derecho de Ejecución Penal*), Siglo 21 (*Diplomado en Derecho penal económico y Postgrado en Derecho de daños*) y Austral (*Especialización en Derecho penal*). Publicista. Contacto: cesano@ciudad.com.ar

² Sobre el concepto de Derecho penal de la empresa, cfr. José Daniel Cesano, “Problemas de la responsabilidad penal de la empresa”, en Marcelo J. López Mesa – José Daniel Cesano, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal*, Ed. Depalma, Bs. As., 2000, pp. 252/253.

³ Cfr. Percy García Cavero, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, J.M.Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 61.

Ciertamente, el análisis de la cuestión que proponemos no puede realizarse aisladamente. Es que, como lo puntualiza Richard, “a la empresa – como realidad socioeconómica – el derecho debe darle respuesta para su organización, generando medios de imputación, personificación, preferencias, en torno a los bienes y relaciones de la empresa a favor de los terceros. Cuando la titularidad y desarrollo de la empresa es pluripersonal se afronta a través de otras técnicas de organización, como la societaria”⁴. Enfatizando en otro enjundioso estudio que: “[l]a empresa, como organización económica puede encontrar una forma instrumental organizativa adecuada en la societaria, como medio técnico que el sistema normativo ofrece a la libre decisión negocial. La empresa aparece así como actividad, nucleando bienes en una hacienda comercial reunidos para una actividad económica, y la sociedad es el sujeto que el sistema normativo ofrece como medio técnico – jurídico de simplificación de relaciones jurídicas generadas por la organización económica de la personificación”⁵.

Y es evidente que las cuestiones relativas a la determinación de la autoría criminal por delitos sucedidos en el ámbito de la empresa, bajo una forma societaria, debe afrontar – al menos con carácter introductorio – una serie de aspectos que se presentan como particularmente problemáticos al momento de querer realizar una imputación. Aspectos tales como la estructura organizativa de la empresa; la distinción entre titularidad, poder y conducción de la sociedad y el creciente fenómeno de la administración de hecho, constituyen – entre otros - realidades que coadyuvan a acrecentar estas dificultades. Realidades cuya cabal comprensión, a su vez, exige la conjunción de perspectivas disciplinares diversas. Por eso lleva razón Palmero cuando sostiene que las especialidades limitan y cercenan el campo de interpretación del derecho; no siendo factible analizar materias como las que aquí abordaremos “si no se entiende el ‘sustracto’, el dato de la vida real, la composición fáctica y normativa

⁴ Cfr. Efraín Hugo Richard, *Relaciones de organización. Sistema societario*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, p.13.

⁵ Cfr. Efraín Hugo Richard, “Sobre la empresa”, en Efraín H. Richard (Director), *Ensayos de Derecho empresario. In memoriam Héctor Cámara*, Ed. Fespresa, Córdoba, 2006, pp. 61/62. De igual opinión, Horacio Roitman (con la colaboración de Hugo A. Aguirre y Eduardo N. Chiavassa), *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, T° I, Ed. La Ley, Bs. As., 2006, p. 6, quien expresa: “Corresponde al derecho organizar la actividad empresarial y lo hace principalmente a través del derecho societario, al que se ha definido como aquel que regula ‘la estructura organizativa típica, sino exclusiva, prevista por el ordenamiento jurídico para el ejercicio en forma asociativa de la actividad de la empresa’. La legislación societaria provee la estructura normativa de la empresa, el ropaje jurídico dentro del cual la misma se va a desenvolver en el mundo de los negocios”.

del ente abstracto o colectivo, la dinámica propia de la actividad corporativa, así como los vericuetos técnicos e institucionales que efectivamente desencadenan el conflicto”⁶.

Conscientes de esta situación, a título propedéutico, comenzaremos nuestro desarrollo sistematizando los principales problemas que dificultan la imputación criminal dentro de la estructura de la empresa; para luego describir las repercusiones que, sobre el diseño de estrategias político criminales, producen aquellos problemas. Finalmente, partiendo de la premisa que, consideramos, más respetuosa de nuestro marco constitucional (esto es: fidelidad a la responsabilidad individual y negación de la responsabilidad de la empresa en sí misma) especificaremos diversas cuestiones dogmáticas que guardan relación con uno de los instrumentos de mayor aceptación para este cometido: las estructuras típicas omisivas.

II.- Los problemas para la determinación de la autoría criminal en la estructura empresaria y su proyección sobre las estrategias político criminales

1.- Organización de la empresa

Ha observado Silva Sánchez que en la empresa “[...] nos hallamos ante una estructura organizada, lo que incide de modo determinante en el planteamiento y la resolución del problema de la autoría criminal. Se trata, en efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división de trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarca, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva -la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí

⁶ Cfr. Juan Carlos Palmero, “El Derecho penal societario”, en Instituto Argentino de Derecho Comercial, *Orientaciones en el Derecho comercial. El régimen penal en el Derecho comercial*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., p. 114. En atención a estos argumentos – y como premisa metodológica asumida – creemos que no sería factible elaborar un programa de investigación sobre Derecho penal de la empresa que prescindiera de esta ineludible visión pluridisciplinar entre el Derecho mercantil en general (y, dentro de él, especialmente el Derecho societario y concursal) y el Derecho penal. Parafraseando a Ortega y Gasset (recordado, también, por Palmero) una actitud epistemológica que diera la espalda a este presupuesto constituiría el “pasaporte más elegante hacia la ignorancia”. A favor de un estatuto epistemológico multidisciplinar, cfr. Efraín H. Richard, “Insolvencia societaria y cuestiones interdisciplinarias”, *Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Año Académico 2007, pp. 41/44.

solo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo – no es siempre la más relevante, lo que supone un importante cambio de perspectiva respecto al derecho penal clásico”⁷.

Por todo esto, un destacado sector de la doctrina contemporánea, partiendo de la observación anterior, ha llegado a sostener que la pretensión de reprimir los comportamientos delictivos cometidos en el ámbito de la actividad empresarial mediante el castigo de las personas individuales que pueden integrar los órganos de ésta puede conducir a una opción en donde ambos extremos resulten insatisfactorios; a saber: o la responsabilidad sólo alcanza a los individuos que conforman los eslabones últimos en el proceso de decisiones, o bien la infracción corre el riesgo de quedar impune, porque nadie reúne con su conducta los requisitos exigidos para imponer la sanción penal⁸.

Malamud Goti, al ocuparse de la cuestión, clasificó las dificultades que para este grupo de casos entraña la utilización de sistemas jurídico-penales de imputación individual en dos tipos: a) de carácter procesal y b) de carácter sustancial⁹. Por su parte, Esteban Righi (quien sigue en este aspecto, argumentos tomados del razonamiento de Malamud) definió el alcance de ambos tipos de dificultades en los siguientes términos: “Los criterios de división y delegación del trabajo que rigen una organización empresarial se convierten en causa de impunidad por la seria dificultad que existe para detectar y probar

⁷ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el derecho español*, en J. M. Silva Sánchez (edición española), B. Schünemann y J. De Figueiredo Días (coordinadores), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, J. M. Bosch, Barcelona 1995, pp. 368-369

⁸ Cfr. Jaime E. Malamud Goti, *Política criminal de la empresa. Cuestiones – Alternativas*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1983, p. 33. Juan Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 39, enfatiza, por sobre todo, los riesgos de impunidad, y lo hace en los siguientes términos: “La descentralización de las decisiones, característica organizativa de la empresa actual, comporta el riesgo [...] de convertir ‘la organización de la responsabilidad [...] en la organizada irresponsabilidad’. En efecto, se produce un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la conducta típica. Y este desplazamiento tiene como efecto un notorio menoscabo de la eficacia preventiva de la norma penal, cuyos márgenes de intervención se reducen en un doble sentido: hacia arriba, porque los directores no realizaron el hecho típico; hacia abajo, porque los ejecutores materiales quedarán frecuentemente al abrigo de la condena, dada la confluencia de factores diversos, como son el desconocimiento de las consecuencias de su propio modo de actuación –fruto de la división de trabajo y de la parcelación de la información en la empresa–; la escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla, está obligado a obedecer dentro de una escala jerarquizada; la eficacia auto exculpatoria de quien siempre puede alegar que actúa de modo altruista en interés de la casa; la alta fungibilidad de los miembros que ocupan las escalas inferiores de la organización, etc.”.

⁹ Cfr. Malamud Goti, ob.cit., p. 33. Igual criterio, enfatizando particularmente las dificultades procesales, sigue Jesús María Silva Sánchez, “Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Bs. As., 1997, año 3, n° 4 y 5, p. 142, quien expresa: “Dado que la organización de la empresa adquiere con frecuencia una enorme complejidad puede suceder que, aun constanding que ‘alguien’ en el seno de la misma cometió el delito, resulta imposible determinar quién”.

la responsabilidad. La persona jurídica es obviamente una organización destinada a realizar actividades lícitas, en la cual se pueden cometer comportamientos delictivos en el desarrollo de sus operaciones. En estas condiciones resulta difícil imputar a un alto directivo un comportamiento realizado en el seno del organismo y ejecutado por empleados. Lo que se produce es un parcelamiento de la actividad en fragmentos de conducta realizados por diversas personas, siendo normal que a ninguna de ellas se pueda atribuir el hecho ilícito porque no reúne todos los presupuestos de la punibilidad [...]. Los inconvenientes trascienden el plano procesal, pudiendo incluso proyectarse a problemas de derecho sustancial, como sucede, por ejemplo, en los delitos especiales o los que exigen la concurrencia de elementos subjetivos”¹⁰.

1.3.- La empresa: titularidad, poder y conducción

Los problemas para la determinación de la autoría criminal por delitos que suceden en el ámbito empresarial no se vinculan *únicamente* con las cuestiones derivadas de su organización, que acabamos de señalar.

A ello debe sumarse que, modernamente, es muy raro que confluyan la titularidad de la empresa, el efectivo poder sobre las decisiones que se toman en ese ámbito y su conducción; y ello, dejando de lado, la discusión existente en el ámbito del Derecho societario vernáculo¹¹, respecto a la posibilidad o no

¹⁰ Esteban Righi, *Derecho penal económico comparado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 253.

¹¹ En el Derecho comparado, son cada vez más los sistemas legislativos que admiten la sociedad de capital unipersonal. Así, refiere Emilio F. Moro (*La sociedad de capital unipersonal*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2006, p. 60 y ss) que, si bien, durante mucho tiempo, Europa miró con desconfianza a la sociedad de un solo socio, la cuestión habría de cambiar “y las naciones europeas (lenta aunque firmemente) iban a ir acogiendo el instituto. En Alemania se adoptó esta figura – en el derecho positivo – a partir de la reforma de la GmbHG en 1980 (ley del 4 de julio de tal año) para la figura de la sociedad de responsabilidad limitada y en 1994 se extendió la posibilidad también a la anónima. En Francia, donde no pocas resistencias había despertado la eventual recepción de la sociedad unipersonal, se la receptó [...] por ley 85-697 de 1985 reformando las nociones de sociedad contenidas en el art. 1832 del Cód. Civil y en el art. 34 de la ley 66-537, siendo del caso destacar que en 1999 se reconoció también esta posibilidad para la sociedad por acciones simplificada [...]”.

de las denominadas sociedades unipersonales, en donde si bien existe – para alguna doctrina - una suerte de reconocimiento de “tipicidad social”¹², no se verificaría una “tipicidad legal”¹³.

En efecto, la empresa moderna tiende a un crecimiento sostenido. Esta realidad exige que ella se nutra, cada vez más, de los medios económicos y financieros que le permitan su desenvolvimiento en el proceso de expansión. Esto conduce – en opinión de Vítolo – “a la fragmentación del capital utilizado mediante la incorporación de nuevos agentes que aportan capital diluyéndose, por dispersión, la incidencia de cada uno de ellos en el control de la actividad empresarial”¹⁴. De este modo, lo que otrora

¹² El fenómeno de las llamadas “sociedades de cómodo”, “que supone la existencia de una sola persona detrás del ente societario y la recurrencia a prestanombres o testaferros (a quienes se confiere una infinitesimal participación social) para dar la apariencia de plurisubjetividad exigida por la Ley de Sociedades Comerciales es y ha sido a lo largo del tiempo, práctica reiterada. El tema [...] divide como a pocos a la doctrina autoral y judicial. Ello, lejos de ser casualidad, es a todas luces razonable. La complejidad del tópico y la incontrovertible relevancia práctica del asunto no pueden llevar a otra situación. En defensa de las sociedades de cómodo se sostiene que: a) la plurisubjetividad requerida por el art. 1° es una mera exigencia formal y que, a todo evento (e igualmente), ella se ve cumplimentada al concurrir como titulares de participaciones sociales dos personas; b) que por intermedio de las figuras de la simulación lícita o el negocio indirecto se torna viable su constitución; c) que los usos y costumbres que son la savia del derecho mercantil (como categoría histórica que es) imponen cambios jurisprudenciales ante determinadas necesidades empresariales del momento; d) que en la mayoría de los países del mundo tienen cabida las sociedades de un solo socio y que no pueden darse la espalda a tal realidad; e) que de la constitución de estas sociedades no se deriva daño alguno para terceros ni se contradice el orden interno de todo ente societario; f) que sería inconstitucional por violación del principio de igualdad (art. 16, C.N.) que al Estado se permita recurrir a este expediente cuando a los particulares se les veda tal posibilidad; g) que la norma del art. 34 de la Ley de Sociedades Comerciales y la figura del socio aparente en él regulada legitima el funcionamiento de esta clase de sociedades; h) que la Ley de Sociedades Comerciales no exige para tener por configurada la plurilateralidad una participación social en determinado porcentaje o proporción – por lo cual no cabe hacer distinciones donde la ley no lo hace [...]”; siendo que cualquier pretensión de fijación de un nivel de titularidad accionaria para revestir la calidad de socio aparece arbitraria y reñida con la Ley de Sociedades Comerciales” (cfr. Moro, *La sociedad [...]*, op. cit., pp. 38/40).

¹³ Así, in re “Fracchia Raymond S.R.L.”, la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E, tuvo oportunidad de analizar la siguiente situación: se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada donde una de las partes invertía una participación del 99,9999 % del capital social y la otra titularizaba sólo el 0,0001 % de él. Ante la pretensión de inscripción, la Inspección General de Justicia, en seguimiento del criterio que el mismo organismo venía sosteniendo sobre el tema, denegó su inscripción. La inexistencia de la pluralidad sustancial de socios – que exige el artículo 1° de la Ley de Sociedades Comerciales – fue reputado argumento de por sí suficiente para la toma de tal decisión. Apelada la resolución, la Cámara desestimó la pretensión de la recurrente y mantuvo el criterio de la Inspección General de Justicia. Al respecto, cfr. Moro, *La sociedad (...)*, op. cit., p. 43 y ss. Por su parte, Roitman, *Ley de sociedades (...)*, op. cit., al analizar la cuestión desde la exigencia del artículo 1° de la ley 19.550, afirma que: “[l]a pluralidad de socios debe existir al momento de constitución del ente y mantenerse durante toda la existencia de la sociedad, ya que de perderse durante la vida de la sociedad y no recomponerse la misma en el transcurso de tres meses, incurrirá en una causa de disolución (art. 98 inc. 4° LS). Se trata de un requisito sustancial y no meramente formal para la constitución de sociedades, con lo que quedan descartadas, por elección de política legislativa [...], las sociedades unipersonales nacidas de acuerdos de voluntad entre sujetos de derecho privado, denominadas también ‘sociedades de cómodo’”.

¹⁴ Cfr. Daniel Roque Vítolo, *Iniciación en el Estudio del derecho Mercantil y de la Empresa*, 2ª edición, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2005, p. 276.

resultaba una constante en la empresa tradicional o familiar – esto es: la identificación entre poder y propiedad – “*no se da en la empresa moderna [...], planteándose la disociación entre control y sistema de decisiones*”¹⁵.

Desde otra perspectiva, actualmente tampoco puede discutirse que la complejidad del fenómeno de la empresa moderna se proyecta – en orden a su conducción profesional – en una creciente especialización y diferenciación de funciones.

Sin llegar al extremo “de la posición sustentada por algunos autores que consideran, en un sentido básico, que la única función del titular de una empresa es suministrar el capital y es la gerencia o administración quien tiene la responsabilidad de dirigir la empresa y asegurar su supervivencia, es indudable que la conducción profesional – o gerencia profesional [...]– es una imposición de los tiempos modernos. Existen, cada vez más, profesionales especializados en la conducción y administración de empresas, y la movilidad horizontal en las gerencias de empresas del mismo ramo o actividad es un fenómeno frecuente en nuestros días”¹⁶.

Finalmente, tampoco puede soslayarse la dinámica que se produce entre quienes aportan el capital y los que conducen la empresa; dinámica que puede llegar a encarnar cierto conflicto de intereses: quienes “han aportado el capital para el emprendimiento empresario, tienden a la obtención de un máximo de lucro, pues carecen de otro interés al encontrarse disociados del poder empresario. Los que conducen la empresa, por su parte, tenderán no sólo a la supervivencia de la misma, sino también al crecimiento y la expansión, utilizando la variable del *riesgo empresario*, concepto totalmente opuesto al de *seguridad* que ilumina el razonamiento del inversor”¹⁷.

3.- La administración de hecho

Para concluir esta propeuéutica no podemos dejar de mencionar otro problema adicional, que suma conflictividad a los intentos de determinación de la autoría criminal en el ámbito empresario. Dijimos recién, que una de las características de la empresa moderna está dada por una tendencia a la escisión entre titularidad de la misma y conducción. Si esto ya representa cierta dificultad, con mayor

¹⁵ Vítolo, *Iniciación (...)*, op. cit., p. 276. De la misma opinión José Ignacio Narvárez García – Jorge Eduardo Narvárez Bonnet – Olga Stella Narvárez Bonnet, *Derecho de la empresa*, Ed. Legis, Bogotá, 2008, p. 102.

¹⁶ Cfr. Vítolo, *Iniciación (...)*, op. cit., p. 277.

¹⁷ Vítolo, *Iniciación (...)*, op. cit., pp. 277/278.

razón lo habrá cuando el nombramiento del administrador resulta jurídicamente ineficaz. Actualmente los casos de administración de hecho de una empresa son cada vez mayores¹⁸. Y los problemas jurídico penales – desde la perspectiva de la imputación – que esta realidad genera son innumerables: la realidad económica – expresa García Caveró – “presenta, en situaciones cada vez más numerosas y variadas, ciertos problemas de imputación de responsabilidad penal para aquellas personas que ejercen fácticamente funciones de administración en la empresa, pero que formalmente no son titulares del cargo de administrador – esto es, desde el caso de un nombramiento con defectos civiles, hasta la inexistencia del mismo-. Si por determinadas circunstancias no existe un órgano debidamente nombrado [...], la calificación jurídica que el tipo penal requiere en determinados casos (delitos especiales) puede significar la impunidad, tanto del administrador de derecho, como del de hecho. En el primer caso por no tener la calificación personal exigida por el tipo penal para poder ser autor, y, en el segundo, por el principio de accesoriedad de la participación”¹⁹.

4.- Proyecciones sobre las estrategias político criminales

La combinación de los diversos problemas reseñados ha conducido a que, desde una perspectiva político-criminal, se hayan elaborado distintas respuestas para abordar la criminalidad sucedida en el ámbito empresarial; propuestas que van desde soluciones intermedias que, negando la posibilidad de responsabilizar penalmente a los entes ideales, postula ora su punibilidad a título contravencional (con lo cual se traslada el problema del ámbito del derecho criminal al del derecho penal administrativo), ora la utilización -a su respecto- de medidas de seguridad, hasta el surgimiento de una fuerte corriente de opinión que propugna, directamente, la consagración de un doble sistema de imputación.

¹⁸ Desde la perspectiva de la doctrina mercantilista, Lisandro A. Allende, “Administradores de hecho”, en AA. VV., *El directorio en las sociedades anónimas. Estudios en Homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1999, p. 277, conceptualiza la figura del administrador de hecho de la siguiente manera: “[...] aquellos individuos que, por ejemplo, han sido designados como tales en base a una deliberación irregular (en razón de falta de quórum, mayorías no alcanzadas, defectos en la convocatoria, etc.); o que, habiendo sido formalmente designados ha expirado el término por el cual fueron elegidos y han sido reemplazados, o han sido removidos antes de la expiración del término, y en tales supuestos no se ha hecho saber la cesación en su cargo y su reemplazo correspondiente; o cuya investidura, afectada por causas de incompatibilidad o inhabilitación, desemboca en la remoción y ésta es desoída por tales administradores; o cuando aún sin contar con una investidura formal poseen una marcada injerencia en la administración de la sociedad, ejerciendo de hecho o de facto [...] los poderes propios de los administradores regularmente designados”.

¹⁹ Cfr. García Caveró, *Responsabilidad penal (...)*, op. cit., pp. 26/27.

Por nuestra parte nos hemos ocupado en investigaciones anteriores de las distintas dificultades que existen en nuestro ámbito jurídico – desde una perspectiva constitucional – a los fines de utilizar las estrategias político criminales recién enunciadas²⁰. Por eso siempre nos ha parecido conveniente centrar el esfuerzo en la búsqueda de instrumentos de imputación individual que permitan establecer la responsabilidad del titular de la empresa o, en su caso, de los directores, administradores o – en fin – de quien ostente la conducción de aquélla y que hubiesen intervenido en el hecho punible²¹.

Entre los diversos instrumentos – *V.gr.* autoría mediata, cláusulas de actuación por otro - la doctrina particulariza, con esta finalidad, la utilización de las estructuras típicas omisivas.

II.- Las estructuras típicas omisivas como instrumento de imputación en los delitos cometidos en ámbito de la actividad empresarial.

1.- Introducción

Puede decirse que la estructura de la omisión en general y, en especial la forma de la comisión por omisión u omisión impropia, se revela - en la opinión de algunos autores (luego explicitaremos nuestro criterio al respecto)- como un medio especialmente apto para superar las dificultades que ofrece la escisión entre acción y responsabilidad en el ámbito de la criminalidad de los entes colectivos²².

Siguiendo a García Caveró²³ es dable señalar que esta fundamentación a través de las formas omisivas se ha pretendido realizar sobre dos parámetros: a) por un lado se ha recurrido a la figura de la comisión por omisión con base en una posición de garante del titular de la empresa frente a los delitos cometidos desde la empresa y, por el otro, b) se ha propuesto la creación de un deber de vigilancia del titular de la empresa frente a posibles delitos cometidos desde la misma. A continuación nos ocuparemos de cada una de estas estrategias:

²⁰ Cfr. José Daniel Cesano, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Formulaciones teóricas, realizaciones normativas y Derecho comunitario en el ámbito de la criminalidad económica*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, pp. 45/62.

²¹ Cfr. Cesano, *Estudios (...)*, op. cit., p. 67 y ss.

²² Así Carlos J. Lascano, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en AA. VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Lerner, Córdoba, 2001, p. 388, refiere que: “(...) la solución más eficaz para un importante sector de la doctrina actual es acudir a la estructura de la omisión impropia para atribuir responsabilidad a los superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados”.

²³ Cfr. Percy García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, T° I, 2ª edición, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 2007, p. 695.

2.- La posición de garante del titular de la empresa y los delitos de comisión por omisión u omisión impropia

A) Caracterización

Los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión son las infracciones del deber de impedir un resultado de un delito de comisión.

Una de las características centrales de estos tipos radica en la posición de garante, respecto del bien jurídico, en que debe encontrarse el omitente²⁴.

²⁴ Sobre este aspecto existe consenso en la doctrina actual. Así, Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1987, p. 389; Esteban Righi, *Derecho penal. Parte general*, Ed. LexisNexis, Bs. As., 2007, p. 366 y Maximiliano Rusconi, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2007, p. 397. Junto con este elemento distintivo, la doctrina señala, además, el siguiente: la exigencia de un resultado y el nexo de imputación entre la omisión y aquél. Los problemas que se vinculan con este elemento no son menores. En efecto, los grandes modelos de desarrollo del dogma causal son incapaces de argumentar una relación de causalidad en la omisión. Es que aún conserva toda su fuerza el hecho que – en lo que respecta a los delitos de omisión impropia – esta posibilidad (causalidad) resulta inasible para una sistemática que nunca podrá explicar como algo (concretamente: un resultado) puede ser consecuencia de la nada (una omisión). Esto permite comprender los sucesivos fracasos del positivismo para encontrar en la omisión impropia, una acción causal que fundamentara la imputación del resultado. En rigor, las tesis causales puras, y en esto seguimos la observación de Hesbert Benavente Chorres (cfr. *La omisión: Concepto e imputación objetiva*, Ed. Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2006, p. 113), en atención a las características respecto de aquella categoría (causalidad) que manejan, no estarían en condiciones de explicar el fenómeno de la responsabilidad del omitente por el resultado acaecido ya que se trataría de una categoría proveniente de las ciencias naturales y, como tal, libre de valoraciones, en tanto que la responsabilidad a título de omisión se desenvuelve en un terreno puramente normativo. Frente a esta constatación, pareciera que la respuesta más convincente debe reconducirse al empleo de las reglas normativas propias de la imputación. Por eso afirmamos que la relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión, no es una relación de causalidad, sino de imputación objetiva. Dicha relación se da cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado producido. Sobre estas bases ya no se trata de afirmar la causalidad real de la omisión respecto del resultado, sino la causalidad potencial de una acción no llevada a cabo. Ahora bien ¿cómo saber que la conducta omitida podría haber evitado el resultado? El problema tiene su complejidad por cuanto, en el caso concreto, esa situación no es empíricamente verificable, sino que se trata de una relación hipotética derivada de la razón y la experiencia. En nuestra doctrina, autores como Guillermo J. Fierro, por ejemplo, acuden a la aplicación de un procedimiento intelectual que invierte la *conditio sine qua non* y, en lugar de comprobar si, suprimida mentalmente la condición examinada el hecho hubiese sucedido o no, examina si, realizada hipotéticamente la acción debida por parte del sujeto, tal acción hubiese tenido efecto impeditivo del resultado ocurrido (cfr. *Causalidad e imputación*, Ed. Astrea, Bs. As., 2002, p. 370). En otras palabras: en vez de utilizar el método de la supresión mental hipotética, emplearíamos el de la inclusión mental hipotética. Otra cuestión discutida es el grado de certeza que requiere esta respuesta en orden al efecto de la inclusión de la conducta debida. La teoría dominante puede sintetizarse así: al garante “sólo se le puede imputar el resultado [...] cuando la acción omitida hubiera impedido aquél con una altísima probabilidad, con una probabilidad de máximo grado, con una probabilidad rayana en la seguridad o en la certeza [...]”(cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 28). No obstante ello – y sobre todo a partir de las dificultades prácticas de aplicar la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad – otro sector de la doctrina intenta superar esta dificultad apelando al concepto de disminución del riesgo. Así Bacigalupo (*Derecho penal [...]*, op. cit., p. 391) se inclina por esta solución expresando que: existe una infracción del deber de actuar ya cuando el omitente hubiera reducido con su acción claramente el peligro que corría el bien jurídico. Estas cuestiones también tienen incidencia al momento de fundar la responsabilidad del empresario (cuando se trata de una empresa individual) o del director o administrador. Y en el precedente “Storchi y otros”, la

En la doctrina comparada, una de las formas de cubrir los vacíos de punibilidad que pueden derivarse de los delitos ocurridos en el ámbito de la empresa consiste en la configuración jurídico penal de una posición de garantía del titular de aquélla. Si bien desde hace mucho se ha reconocido en la discusión doctrinal la posición de garantía del titular de una empresa por los delitos cometidos por sus empleados, el debate sobre su fundamento dogmático no tiene mucha antigüedad.

En nuestro medio, empero, existe una dificultad adicional. La posible imputación a través de una figura omisiva impropia choca frontalmente con la inexistencia de tipificación a su respecto. Ciertamente existen legisladas, en la parte especial del Código, algunas figuras omisivas impropias²⁵; pero la gran mayoría de hipótesis delictivas que pueden guardar relación con el empleo de esta estructura omisiva en el ámbito empresarial no se hallan tipificadas. En tales casos, nuestros autores reconocen que el empleo de este medio aparece como la emanación de una suerte de derecho consuetudinario²⁶; objetable, desde

jurisprudencia fijó un criterio en esta materia al expresar que: “Storchi era el presidente de la empresa que tenía a su cargo — por contrato firmado por él mismo— el control del natatorio, poseyendo además la facultad de establecer el número de personas a emplear — entre ellos lógicamente los guardavidas— y a determinar las remuneraciones, las altas y las bajas de dicho personal empleado; y de realizar las mejoras que estimara necesarias, entre ellas, obviamente, las que hacían a la seguridad del personal y de los usuarios. Sin embargo, a pesar de las importantes mejoras que se realizaron inicialmente en el ámbito del natatorio, al momento del hecho, no se había destinado en el lugar el número de guardavidas necesario según la exigencia reglamentaria que ya se analizara, ni se había implementado la plataforma sobreelevada que, como se analizó, hubiese significado — cuanto menos— una drástica disminución a niveles permitidos del riesgo de producción del resultado dañoso que posteriormente se vio realizado con la muerte de [la menor] (...). Tomar dichas medidas, cognoscibles para él por estar contenidas en la reglamentación de la actividad de empresario en el ámbito deportivo que desarrollaba como profesión habitual, como el propio Storchi reconociera en su declaración, hubiese significado un esfuerzo práctico y económico menor en relación a la importancia económica y social del emprendimiento que tenía a su cargo. Sucintamente en doctrina se exige en los delitos de omisión, para que un resultado pueda ser imputado a una inactividad: a) o bien que la acción omitida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad — doctrina dominante— ; b) o bien que se dé la certeza o seguridad de que la acción hubiera impedido el resultado típico — doctrina minoritaria-; c) o bien que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de la producción del resultado — doctrina también en minoría— . Sin embargo, como bien sostiene (...) [Gimbernat Ordeig], siendo que la que se ha denominado ‘doctrina dominante’, para poder zanjar el problema que se suscita cuando la evitación del resultado depende de la ulterior intervención de un tercero — en el caso de autos, la omisión de Storchi de proveer el segundo guardavidas y la plataforma sobreelevada en el natatorio del club ‘All Boys’— la solución habrá que buscarla en el nivel de riesgo permitido de los focos de peligro y en si el correspondiente garante — en este caso el mencionado Fernando Storchi— ha cumplido o no con su obligación de mantener en ese nivel — o de reconducirlo a él, en el supuesto de que hubiera sido ya sobrepasado— el foco de peligro causante del resultado típico (...) siendo que, como se dijo, la implementación de los medios de aseguramiento requeridos habría evitado muy posiblemente el riesgo de producción del resultado o disminuido a un nivel permitido el riesgo de su producción” (para el texto del fallo, cfr. DJ 2007-II, 797 - LA LEY 2007-E, 493, con nota de Juan Avila; Arce Aggeo, Miguel A.). Más allá de dejar aquí planteadas estas cuestiones, lo específico de su desarrollo, tornan necesario su abordaje a través de un trabajo autónomo.

²⁵ V.gr., el artículo 144 quater, inciso 1°, C.P.

²⁶ Así, tempranamente, Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª edición, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1986, p. 122, expresaba que: “[s]u reconocimiento por la doctrina y la jurisprudencia se funda, por lo general, en el **derecho**

una perspectiva constitucional, por la clara tensión que produce respecto del principio de legalidad (art. 18, C.N.).

¿Cómo solucionar esta tensión?

En la concepción de Heinrich Henkel, dado que el legislador se encuentra frente a una gran variedad de posibles posiciones de garante cuyos elementos individuales pueden ser variados e ilimitados, “le resulta imposible la sistematización de dichas posiciones mediante la formación de tipos especiales. Por esto, le queda como única alternativa apartarse del intento de regulación especial y casuística y fijar la meta en la elaboración de conceptos generales e indeterminados. Sólo una cláusula general, según Henkel, puede ayudar a receptionar esta diversidad casuística; pero no se debe tratar de una norma especial susceptible de aplicación, sino de una cláusula general que tenga solamente una función regulativa y que le dé al aplicador del derecho una directiva para la toma de decisión en el caso concreto. En consonancia con esta cláusula general le corresponde a la jurisprudencia [...] en trabajo conjunto con la doctrina, la interpretación general de las posiciones de garante y su explicación a través de la puesta en relieve de grupos de casos”²⁷.

Fieles a esta concepción, algunas legislaciones han intentado solucionar el problema merced a la introducción, en la parte general de los códigos, de determinados criterios para determinar la posición de garante; estableciendo, además, una cláusula de equivalencia entre la acción y la no evitación del resultado que caracteriza esta forma de omisión. Esta tendencia legislativa fue iniciada, en los códigos más recientes, por el parágrafo 13 del Código Penal Alemán; siendo continuada tanto por diversos códigos de aquella región²⁸ como de nuestro ámbito cultural²⁹.

consuetudinario”.

²⁷ Cfr. Jorge Fernando Eduardo Perdomo Torres, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, Bogotá, 2001, pp. 44/45.

²⁸ Así, por ejemplo, artículos 11 del Código Español (al respecto, cfr. Jesús María Silva Sánchez, “La comisión por omisión en el nuevo Código penal español”, en *Instituciones de Derecho penal*, Ángel Editor, México, 2001, pp. 167/214), 2 del Código de Austria, 10 del Código de Portugal, 40 de Italia; etcétera. El Código penal francés, por el contrario, no introduce una cláusula expresa en esta dirección; resurgiendo, en la doctrina de ese país, las preocupaciones vinculadas con esta forma de imputación y la garantía de legalidad (al respecto, cfr. Jean Larguier, *Droit pénal général*, 15ª edición, Ed. Dalloz, 1995, p. 23 y ss.).

²⁹ V.gr. artículos 13, parágrafo 2º del Código de Brasil; 3º, 2ª disposición, Uruguay; 15, Paraguay; 25, Colombia (al respecto, cfr. Jorge Fernando Perdomo Torres, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2001); etcétera.

En el caso de Argentina, el Código vigente no posee una cláusula en esta dirección. Sin embargo, esta tradición no ha sido extraña a los diversos proyectos de reforma que se han elaborado³⁰.

Recientemente, sin embargo, los desarrollos de nuestra dogmática se han mostrado un tanto escépticos respecto de esta solución; prefiriendo un abordaje del problema a partir de la regulación expresa de los tipos omisivos impropios en la Parte Especial del Código Penal. La razón por la cual no convence esta aquella técnica regulatoria (en la parte general) puede sintetizarse de la siguiente manera: si – como hemos dicho – existen unos pocos tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba apelarse a una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos. Los argumentos que se basan en supuestas dificultades de técnica legislativa no tienen más sentido que los que se oponían al *numerus clausus* en los países que consagraban el *crimen culpae*³¹.

De hecho, aún en aquellos países - como el caso de Uruguay – en donde se regula la cuestión en la parte general del Código, la doctrina opina en forma crítica respecto de la solución adoptada. Así, Raúl Cervini y Gabriel Adriasola, sostienen que “[l]a fórmula de los delitos de comisión por omisión no sólo lesiona los principios de legalidad y taxatividad al derivar en una creación jurisprudencial de equivalencias, sino que también importa el riesgo de que, interpretada con un criterio funcional, termine siendo un mecanismo de imputación que caiga en la responsabilidad objetiva al borrar toda distinción entre dolo y culpa”³². De allí que ambos catedráticos afirmen que: [n]ada impide la tipificación de

³⁰ En efecto, un análisis de los distintos textos elaborados con la finalidad de sustituir, integral o parcialmente, el Código vigente, pone en evidencia que varios han sido los documentos que incluyeron reglas de este tipo. El primero, en esa dirección, fue el proyecto de 1960; el cual, en su artículo 10, además de establecer una cláusula de equivalencia en su párrafo 1º, introdujo algunos matices que permitirían afirmar ya la previsión de ciertos criterios materiales para definir la posición de garante. En igual dirección se desarrolló el proyecto de 1973. El proyecto de 1974, en su artículo 14, hacía referencia a que el deber de actuar debe ser jurídico. Se trataba de una cláusula de equiparación simple porque sólo se refería a dicho deber, no estableciendo otro parámetro de equiparación. El proyecto de 1979 previó en su artículo 10 la comisión por omisión, regulando las posiciones de garantía conforme a las fuentes formales de la misma; esto es: la ley, el contrato y la injerencia o actuación precedente. También incluyó una cláusula para regular la materia, el proyecto de ley de reformas puntuales del Código penal de 1998. Para un minucioso examen de estos textos, cfr., María Noel Costa, “Problemas dogmáticos actuales en los delitos de omisión. Los delitos de comisión por omisión y el principio de legalidad penal frente a su regulación en el Código penal argentino”, *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva serie*, N°3, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ed. Lerner, Córdoba, 2000, pp. 64/66.

³¹ Así, Eugenio Raúl Zaffaroni – Alejandro Alagia – Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 552. De la misma opinión, Rusconi, *Derecho (...)*, op. cit., p. 402 y ss. De hecho, el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal del año 2006 no incluye ninguna cláusula de equivalencia en su parte general.

³² Cfr. Raúl Cervini – Gabriel Adriasola, *El Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, Ed. B de F, Montevideo – Bs. As., 2002, p. 221. Y en la nota n° 355 (pp. 221/222), recuerdan la opinión de Enrique Viana Reyes (“Los delitos

conductas omisivas impropias, esto es, con círculos de autores cerrados, como lo son muchas de las contenidas en nuestro Código Penal”.³³

La objeción – decisiva en el pensamiento de Henkel – en el sentido que esta tipificación llevaría al Código a una extensión desmesurada es relativa desde que es responsabilidad del congreso – responsabilidad que, en nuestra política criminal actual, sin duda se ve desoída³⁴- la de construir un sistema punitivo racional en donde, el Derecho penal sea *la última ratio para la protección de bienes jurídicos*; apelando a la tipificación expresa de conductas omisivas impropias, en aquellos casos en donde *realmente* sea necesaria.

B) En búsqueda de una interpretación razonable frente a la persistencia en la utilización de esta categoría dogmática

Sin embargo – y pese a la indudable inconstitucionalidad de estas formas de imputación – la jurisprudencia de nuestro país viene utilizando, desde hace años, este recurso dogmático para atribuir responsabilidades frente a delitos ocurridos en el ámbito empresarial³⁵.

impropios de omisión y el principio de legalidad”, LJU, T. 101), quien – en idéntica dirección – afirma: “Pero, en cualquier caso, el tipo que emerge de esa complementación es el corolario de una labor interpretativa del juez, en lugar de ser un mandato de la ley. Este acierto conceptual, que esa misma doctrina ensayó justificar infructuosamente, desde el punto de vista constitucional, es el que demuestra cabalmente la radical incompatibilidad de esas formas delictivas con el principio de legalidad, en general, y con el consagrado por la Constitución y la ley uruguayas, en particular. No es admisible que un tipo construido judicialmente cumpla satisfactoriamente con aquello de que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni tampoco de que la omisión de tal autor, establecida por la interpretación judicial, haya sido expresamente prevista por la ley. De ahí, entonces, la inadmisibilidad de la elaboración doctrinaria de los delitos impropios de omisión en el derecho uruguayo”.

³³ Cfr. Cervini – Adriasola, *El Derecho penal (...)*, op. cit., p. 226.

³⁴ Cfr. José Daniel Cesano, “Discursos de emergencia y política criminal: tendencias de la política criminal Argentina en los albores del Siglo XXI”, *Cuadernos de política criminal*, Segunda época, N° 86, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2005, pp. 187/218.

³⁵ Así, en un caso en donde se investigaba los efectos (perjudiciales para la salud general) de la contaminación con efluentes industriales en un curso de agua, por parte de diversas empresas ribereñas, la Cámara Federal de San Marín, in re “Averiguación sobre contaminación del río Reconquista” (cfr. *Jurisprudencia Penal de Buenos Aires*, T° 78, Sumario N° 361, p. 144), expresó que: “Para estos casos la estructura de los delitos tradicionalmente llamados de comisión por omisión, y más modernamente impropios de omisión, brinda una solución adecuada al problema que se viene tratando: el agente que tiene obligación de actuar en determinado sentido (la llamada posición de garante), mediante una omisión permite que el resultado material se produzca. De aquí se deriva un poder de control sobre las cosas peligrosas, y en el caso de delegación, un deber de cuidado en la elección de su personal según su capacidad y un deber de supervisión general. El titular o directivo no puede librarse de esta posición de garante mediante la designación de garantes auxiliares”. Y en el precedente “Storchi y otros”, ya citado, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de la Capital Federal tuvo ocasión de resolver un caso en donde utilizó la omisión impropia para atribuir responsabilidad, por la muerte por ahogamiento de una niña que tomaba clases en la parte profunda de un natatorio, entre otros sujetos, al presidente de la sociedad concesionaria. El Tribunal sostuvo allí que: “Cuando existe *ex ante* una fuente de peligro, el propietario o poseedor — en nuestro caso organizador u operador— efectivo de esas cosas

Frente a esta a esta constatación – que no es otra cosa que el resultado de la invocación de una larga tradición cultural a favor de la posibilidad de interpretar todo tipo comisivo como omisivo³⁶ - constituye un deber del operador jurídico establecer criterios lo más firmes posibles que doten de una racionalidad mínima la utilización de esta forma imputativa tan traumática. Queremos, empero aclarar algo: desde nuestra perspectiva – y como ya quedó explicitado – la posibilidad de aplicar esta forma imputativa se ve obturada totalmente por la tensión frente a la garantía de legalidad. Sin embargo avizoramos la aplicación práctica del instituto a través de la instancia judicial sin que existan, de parte de esa agencia, cuestionamientos mayores; con lo cual nos vemos obligados a buscar estos criterios, sin mengua de nuestra concepción respecto a la inconstitucionalidad del instituto.

Dos son aquí los problemas que se visualizan: en primer término, el del fundamento de la posición de garantía del titular de la empresa y, el otro, relativo a los límites de esta posición.

Veamos cada una de estas cuestiones.

En los orígenes de los desarrollos dogmáticos se propugnó como fundamento de la posición de garante la teoría de las fuentes formales; a saber: la ley, el contrato y la injerencia o conducta precedente. Modernamente, se tiende a abandonar estas fuentes formales, buscando perfilar criterios materiales. Así, Bacigalupo³⁷ distingue entre: la posición de garante emanada de la existencia de un deber de protección

potencialmente peligrosas tiene un deber de evitación que alcanza no solo a los casos de peligros derivados directamente de la cosa, sino también a los que lo hacen de la actuación de terceros — en el caso de Storchi, coordinadores, docentes y guardavidas— cuando el propietario, poseedor u organizador ha omitido previamente las medidas de aseguramiento. Lo anterior implica que el mencionado deber de evitación no tiene como fundamento la responsabilidad por propiedad u organización de la cosa, sino la existencia de una omisión precedente contraria a deber (...). Ahora bien, tal como hemos reseñado previamente ha quedado demostrado en la presente causa la existencia de deberes de aseguramiento que estaba obligado a instrumentar Fernando Storchi, como presidente de ‘All Boys 2000 S.A.’ — junto al resto del directorio de la empresa— antes de que se produjese la muerte de [la niña], y se señaló además cuál era la fuente de esos deberes — la Ordenanza n° 41.718, publicada el 21 de enero de 1987— . Se dijo [además] que la norma especialmente aplicable era el artículo 31 de la citada ordenanza que establece que durante las horas de funcionamiento del natatorio debían estar presentes en el recinto de la misma, dos personas con título de guardavidas, reconocidos por la Municipalidad de Buenos Aires, las que se ubicarán en plataformas sobreelevadas que aseguren la clara visualización de los bañistas, dejando en claro que la dirección competente podrá exigir otro número de guardavidas teniendo en cuenta el funcionamiento del natatorio”.

³⁶ Con su proverbial erudición, Marcelo Sancinetti recuerda que esta tendencia a la equiparación era conocida desde antiguo. Pese a ello, “las legislaciones derivadas de la codificación no previeron, en general, una ‘cláusula de conversión’. Schaffstein enseña que Tiraquellus daba por supuesta como cosa natural la posibilidad de una comisión por omisión, y más bien sólo discutía si ella debía ser castigada tan gravemente como la comisión por un hacer activo, o más benignamente” (cfr. *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2003, p. 107).

³⁷ Cfr. Bacigalupo, *Derecho penal (...)*, op. cit., p. 392.

del bien jurídico frente a peligros que pueden amenazarlo (como sucedería en los casos de cuidado de personas necesitadas o de quienes aceptan el cuidado de sujetos que realizan actividades de las que pueda resultar un riesgo) y la posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro.

Con todo, esta búsqueda de criterios materiales, no ha estado exenta de críticas. En tal sentido, tempranamente, Creus aludía a que tales pautas introducen un inevitable y extenso margen de indeterminación en la tipicidad de estas omisiones; cuestionando – asimismo – la aplicación de la tesis de la vigilancia de fuentes de peligro, por cuanto pueden estar desacomodadas del principio de responsabilidad subjetiva³⁸.

Pese a ello – en la doctrina comparada – autores como García Caveró insisten que – en el estado actual de la cuestión – existiría un franco consenso respecto a que la posición de garantía del empresario no se derivaría de una función de protección de un determinado bien jurídico sino, más bien, de un deber de vigilancia sobre una fuente de peligro. No obstante ello – y en parte por la misma crítica que le habíamos hecho anteriormente a este criterio, en torno a su extrema latitud- García Caveró³⁹ reconoce que existen, actualmente, numerosos estudios que se han abocado a cumplir esta tarea. Esta profundización en la investigación sobre el fundamento de la posición de garantía ha llevado a que la doctrina penal “configure la posición de garante del titular de la empresa con base en diversos criterios: la injerencia, la relación de autoridad sobre los dependientes o el dominio sobre fuentes de peligro”⁴⁰.

La tesis de la injerencia como fundamento de la posición de garante del empresario es sostenida por cierta doctrina, especialmente, “en aquellos casos en que la producción de un resultado típico [...] sea consecuencia de una actitud criminal colectiva”⁴¹.

Sin embargo, esta opinión es objetada, entre otros aspectos, por cuanto un tal fundamento difícilmente podrá “ajustarse a los contextos de acción y decisión colectiva, en lo que la acción ejecutiva, el poder de decisión y la base de información necesaria se encuentran difuminados, lo que llevado por Shünemann a

³⁸ Cfr. Carlos Creus, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Astrea, Bs. As., 1988, p. 150.

³⁹ Cfr. Percy García Caveró, *Derecho penal económico (...), op. cit.*, p. 696 y ss.

⁴⁰ García Caveró, *Derecho penal (...), op. cit.*, p. 697.

⁴¹ Cfr. Luis Reyna Alfaro, *Fundamentos del Derecho penal económico*, Ángel Editor, México, 2004, p. 157.

sus últimas consecuencias significaría que las modernas formas de organización conducen a ‘una organizada irresponsabilidad de todos’⁴².

Por eso – desde nuestra perspectiva – coincidimos con Schünemann en orden a que el fundamento de la posición de garante del titular de la empresa “puede resultar, pues, tanto de su dominio fáctico sobre los elementos peligrosos del establecimiento como también de su poder de mando sobre los trabajadores”⁴³.

El segundo aspecto que debe analizarse es el relativo a los límites de la posición de garante.

Se plantea aquí la cuestión del círculo de personas por cuyas actuaciones el titular de la empresa resulta garante⁴⁴. El tema, evidentemente, está influenciado por el fundamento que admitamos para la posición de garante.

En tal sentido – y como ya quedó explicitado - nosotros hemos adherido a la concepción de Schünemann. Sobre tal base, podemos efectuar entonces el siguiente distingo:

Cuando la posición de garante del empresario se funde en el señorío sobre las cosas y los procedimientos materialmente peligrosos, la responsabilidad recae sobre el titular de esa custodia. Por esta razón, en una empresa en donde se verifica un dominio material escalonado, “cada cotitular de la custodia será responsable según su parte de dominio. Este dominio supone [...] un ámbito espacial de influencia acotado para cada garante, en el que se encuentra el objeto peligroso; con la salida de este ámbito de influencia se extingue el dominio material (...)”⁴⁵.

De hecho, en el fallo “Averiguación sobre contaminación del río Reconquista” el tribunal tuvo muy en claro este distingo al expresar que: “las limitaciones que derivan del principio de legalidad, permiten fundar la responsabilidad del director sólo en aquellos casos en que existe una relación de dominio sobre la causa del resultado. Si en una empresa el dominio material se da escalonadamente, cada cotitular de la custodia será responsable según la parte de dominio que mantenga sobre ella (gerente de tal área, jefe de planta, encargado de mantenimiento, del laboratorio, etc.)”; lo cual supone “un ámbito especial de influencia acotado para el garante, en el que se encuentra el objeto peligroso”.

⁴² Reyna Alfaro, *Fundamentos (...)*, op. cit., p.157.

⁴³ Cfr. Bernd Schünemann, *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2004, p. 31.

⁴⁴ Cfr. García Cavero, *Derecho penal (...)*, op. cit., p. 698.

⁴⁵ Cfr. Schünemann, *Delincuencia empresarial (...)*, op. cit., p.31.

Con respecto al segundo fundamento de la posición de garante del empresario, ésta se basa en la responsabilidad de garantía de los superiores por las acciones de sus subordinados. En este caso, el límite o extensión de la posición de garante del titular de la empresa no puede implicar otras medidas de dirección que no sean las específicas del giro; alcanzando únicamente hasta donde el hecho sea expresión del dominio del grupo. Por el contrario, si el subordinado se emancipa, el superior no podrá ser responsabilizado por ese exceso⁴⁶.

Si bien respecto de los miembros de la empresa no existen mayores dificultades al respecto, la discusión se torna relevante cuando se analiza la actividad de las personas ajenas a aquélla, pero que realizan la actividad típica dentro de la organización de la misma. La doctrina penal actual “se encuentra aquí dividida, en tanto se defiende, por un lado, la limitación del deber de control al personal de la empresa; mientras que, por el otro, se admite en mayor o menor medida una responsabilidad penal también por hechos de sujetos ajenos a la organización”⁴⁷.

Otro problema muy delicado que ofrece esta cuestión es el relativo a aquellas hipótesis en donde el titular del negocio delega sus funciones de administración y control en los directivos. Este tema es muy vigente por cuanto – y de acuerdo a lo ya examinado al inicio de nuestra exposición – actualmente es frecuente que el titular de la empresa delegue la administración y el control en aquellos sujetos. En efecto, la convergencia entre propiedad y administración del negocio responde a las primeras formas empresariales en donde el titular asumía la gestión; circunstancia que hoy no resulta tan frecuente; dado que el desarrollo actual del fenómeno societario ha producido una escisión entre la propiedad y la gestión de aquella.

Esta realidad ha traído como consecuencia que la posición de garantía en la empresa no se plantee respecto del empresario sino respecto de los directivos o administradores de la empresa. “El modelo de la empresa no es más el de la empresa individual, en la que el empresario dirige efectivamente la empresa, sino una empresa en la que los propietarios son sólo inversionistas que no entran a tallar en la gestión de

⁴⁶ Cfr. Schünemann, *Delincuencia empresarial (...)*, ob. cit. p. 35.

⁴⁷ García Caveró, *Derecho penal (...)*, op. cit., p. 698.

la misma”⁴⁸. En estos casos la posición de garantía deberá pasar del empresario a los directivos de la empresa, independientemente de si estos son también propietarios de la misma.

La cuestión se agudiza más en ciertos tipos de sociedades. En tal sentido, tratándose de sociedades anónimas, por ejemplo - sin mengua de lo dispuesto por el artículo 266 de la ley de sociedades comerciales⁴⁹ - la realidad de los negocios “demuestra que en la práctica, la función ejecutiva de la administración de las sociedades medianamente desarrolladas, se trasmite en forma casi total, ya sea en el comité ejecutivo, o en gerentes generales o especiales, en empleados de distintos niveles, o en apoderados designados para actuaciones determinadas o generales; también la delegación se da en asesores externos, en locadores de servicios o mediante un sinnúmero de relaciones que nos presenta la vida de las contrataciones societarias. Así como en su oportunidad se afirmó con razón, que en las últimas décadas se ha producido un desplazamiento del poder de la conducción de la sociedad anónima, desde la asamblea de accionistas, hacia el directorio, hoy se percibe, también claramente, un desplazamiento en ese manejo desde el directorio hacia uno o más empleados jerárquicos (normalmente gerentes), quienes se encuentran en contacto diario con los problemas de gestión, y a quienes se han delegado las facultades de administrar. El directorio se convierte en un miembro anquilosado, estático, con un funcionamiento esporádico y alejado del manejo diario de los negocios de la empresa”⁵⁰.

En situaciones como la recién analizada se producirá, a su vez, una transferencia de la posición de garante ya no en la persona del director sino – V.gr. – en la de un gerente.

Es claro, sin embargo, que en lógica del delito de omisión impropia, la posición de garantía de los directivos, administradores o gerentes, sólo podría admitirse como un supuesto de delegación de los deberes de control y vigilancia sobre los riesgos que se desprenden de la actividad empresarial; aunque habría que resaltar que esta situación no lleva consigo necesariamente la liberación completa de

⁴⁸ Cfr. García Cavero, *Derecho penal (...)*, op. cit., pp. 699/700.

⁴⁹ Dispone dicha norma, en su párrafo 1º, que: “El cargo de director es personal e indelegable”. El precepto es considerado como un “principio imperativo de la regulación societaria, que por ende, está excluido de la autonomía privada” (cfr. Osvaldo Solari Costa, “Delegación de facultades en la administración y representación de la sociedad”, en AA. VV., *El directorio [...]*, op. cit., p. 125).

⁵⁰ Cfr. Solari Costa, “Delegación (...)”, op. cit., pp. 125/126. A pesar de lo recién afirmado, el autor reconoce que “las grandes decisiones y funciones básicas que asigna la tipología de la administración social, tales como la presentación de balances, la preparación de la memoria, - con todo lo que ello significa – la evaluación sobre la proyección de los negocios y las futuras operaciones, no puede ser materia de delegación” (p. 126).

responsabilidad por parte del dueño del negocio. Sobre el titular de la empresa permanecerán ciertos deberes de selección, información, control y vigilancia con los que podrían fundamentarse, a su vez, su responsabilidad penal. No obstante se presentaran serias dudas sobre si la infracción de estos deberes permite equiparar una omisión a la comisión activa. Por esta razón un sector de la doctrina admite que en estos supuestos se tratará, más bien de una simple participación por omisión (en delito activo) o de una omisión pura de deberes de vigilancia⁵¹.

3.- El deber de vigilancia de la empresa y la tipificación de estructuras omisivas puras

En estrecha vinculación con la posición de garantía del titular de la empresa se encuentra el castigo al mismo por la infracción dolosa o culposa de un deber de vigilancia de evitar la realización de delitos o contravenciones desde la empresa. Desde un punto de vista político-criminal, este castigo serviría para cubrir los vacíos de punibilidad derivados de las dificultades probatorias de una responsabilidad en comisión por omisión del titular de una empresa complejamente organizada⁵².

En el plano dogmático se trataría de un tipo que solamente podría aplicarse subsidiariamente en el caso de no ser posible una incriminación directa del empresario o sus directivos. Esta configuración dogmática de la infracción del deber de vigilancia “permite ahorrar la demostración de una vinculación del titular o directivo de la empresa con el hecho cometido desde la empresa, bastando la verificación de un defecto organizativo en las medidas de vigilancia. Se trata, por tanto, de un injusto independiente del delito cometido desde la empresa, aunque lo usual es vincular la infracción del deber de vigilancia con la producción de este delito⁵³”.

Si examinamos la cuestión desde una perspectiva iuscomparada, existe una cláusula que recepta esta propuesta teórica en el Derecho penal administrativo alemán. Nos referimos, concretamente, al párrafo 130 del Código de Contravenciones Federal; norma que dispone que: “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 infracciones amenazadas con pena y vinculadas a la

⁵¹ Cfr. García Caveró, *Derecho penal (...)*, op. cit., p. 700.

⁵² García Caveró, *Derecho penal (...)*, op. cit., p. 701.

⁵³ García Caveró, *Derecho penal (...)*, op. cit., pp. 701/702.

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 delito”.

Si se lo examina con atención, se podrá advertir que dicho párrafo “crea un deber contravencional de vigilancia [...] que da origen a tipos de omisión propia: el titular de la empresa debe ejercer la vigilancia, control e inspección necesarios para evitar que sus subordinados cometan, con motivo de la actividad de la empresa, infracciones penales o contravencionales. Se entiende, por lo general, que el tipo se cumple con la mera omisión y que el delito o falta constituyen meras condiciones objetivas de punibilidad”⁵⁴.

La doctrina admite que no habría dificultades mayores en instrumentar esta técnica de imputación mientras que la infracción al deber de vigilancia se considere un ilícito administrativo. Pero la cuestión se complica cuando quiere fundarse en aquella infracción una responsabilidad penal *sensu stricto*.

Hay quienes entienden – como sucede con García Caveró – “que una incorrecta administración de la empresa no se muestra aún suficiente para fundamentar desde la lógica del bien jurídico una sanción penal”⁵⁵. Sin embargo, existen autores como Hilgers⁵⁶ que considera que el bien jurídico protegido, en este caso (infracción al deber de vigilancia), es el interés público en una organización de la empresa que impida peligros.

Superando el umbral de imputación a título contravencional, el Código Penal español vigente establece en su artículo 318 un deber de garantía sobre quienes pudiendo conocer y remediar las infracciones previstas en el Título XV de dicho texto normativo (esto es: delitos contra los derechos de los trabajadores), no hubieren adoptado medidas en tal sentido.

En nuestro sistema positivo encontramos una disposición que podría aproximarse a esta concepción. Nos referimos al artículo 48 de la ley 25.156 (ley de defensa de la competencia). Dicha norma dispone, en lo que aquí interesa que: “Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o

⁵⁴ Cfr. Malamud Goti, *Política criminal (...)*, op. cit., p. 86.

⁵⁵ Cfr. García Caveró, *Derecho penal (...)*, op. cit., pp. 703.

⁵⁶ Cfr. Benno Maria Hilgers, *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, Freiburg i. Br., 2000, p. 21

representantes legales de dicha persona de existencia ideal que (...) *por la omisión de sus deberes de control*, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción”.

III.- Conclusiones

En la actualidad, es indiscutible que la empresa se ve enfrentada a una realidad bipolar: puede ser tanto objeto de agresiones perpetradas en su perjuicio⁵⁷; pero, por otro lado también puede constituirse en un ámbito muy adecuado para la realización de comportamientos ilícitos, con afectación a intereses diversos a los de la corporación.

En este último ámbito – al rechazar la responsabilidad penal de la empresa en sí misma – se hace necesario adoptar instrumentos de imputación “aptos para golpear a los reales sujetos – agentes”⁵⁸. Entre estos instrumentos, tanto desde ciertos sectores de la doctrina como en el ámbito jurisprudencial, se destaca la utilidad de las estructuras omisivas.

No obstante ello, la particular situación normativa que - al menos en nuestro medio – presenta esta categoría dogmática torna necesario que seamos muy precavidos.

Por de pronto, la fundamentación de la posición de garante – que caracteriza a los tipos omisivos impropios – requeriría que, para predicar esta situación respecto del titular de la empresa o - teniendo en cuenta la escisión entre propiedad y gestión – de sus administradores y directores, el Congreso prevea, con relación a los delitos que podrían asumir esta característica, la tipificación particular de dichas conductas, en la parte especial del Código. Los riesgos de que, a través de esta actitud, pueda efectuarse un aporte respecto del irresponsable proceso inflacionario de que da cuenta la política criminal Argentina reciente, deben ser revertidos, precisamente, por el mismo Congreso que debe abandonar sus pulsiones de política oportunista y afrontar el diseño de una verdadera política criminal en donde, el Derecho penal vuelva a ser *la última ratio para la protección de bienes jurídicos*.

Pero no podemos permanecer ciegos frente a la tradición cultural existente en virtud de la cual – en la mayoría de los casos - la agencia judicial tolera esta forma imputativa (comisión por omisión). Por

⁵⁷ Y para ello, la criminalización de los denominados delitos societarios - como sucede, por ejemplo, en el Código penal español - representa una experiencia interesante. Al respecto, y con una clara metodología multidisciplinar, cfr. Javier García de Enterría, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1996 (1ª reimpresión, 2000).

⁵⁸ Cfr. Elio Lo Monte, *Prólogo*, en Cervini – Adriasola, *El Derecho penal de la empresa (...)*, op. cit., p. VIII.

ello – y a pesar de nuestro convencimiento con relación a su inconstitucionalidad – debemos tratar de construir ciertas pautas de racionalidad en la utilización de esta categoría dogmática; criterios dogmáticos que – como los desarrollados *supra* – buscan, por un lado, dar un fundamento preciso a la fuente de posición de garante del empresario y, de otra, explicitar los límites de esta posición; en particular – y con relación a este último aspecto – teniendo en cuenta las situaciones derivadas, por ejemplo, de la ya aludida escisión entre dominio y gestión o de los problemas vinculados con la delegación de la administración.

También – y como una perspectiva de *lege ferenda* – podría utilizarse la tipificación, como delito de omisión propia, de la infracción al deber de vigilancia del titular de la empresa o de quien se encarga de su gestión; como una forma imputativa subsidiaria.

El Derecho penal moderno – y el Derecho penal económico no escapa a esta apreciación - se caracteriza, entre otros aspectos, por un crecimiento en la utilización de los tipos omisivos⁵⁹. Esto puede resultar entendible en la medida que, desde la propia Constitución, se impone un modelo de Estado social de Derecho⁶⁰. Sin embargo, también resulta evidente que la proliferación de estas formas de imputación provoca una mayor interferencia en la esfera de libertad de los individuos (si se lo coteja con los tipos comisivos). Por eso, Mantovani, expresa que el problema político criminal del delito omisivo consiste en la ardua tarea de individualizar un punto de equilibrio entre el principio de excepcionalidad (en atención a la referida mayor interferencia que supone la imputación omisiva) y el principio de solidaridad. Dicho en sus palabras: “Mentre il ‘*diritto penale dell’azione*’ reprime il ‘*male*’, il ‘*diritto penale dell’omissione*’ persegue il ‘*bene*’. Ma fino a che punto? E qui sta un inquietante interrogativo della moderna politica criminale, poiché diritto penale di comandi, con funzione promozionale, rischia di trasformare in diritto penale da strumento di tutela di beni giuridici a strumento di ‘*governo della società*’. Con i connessi pericoli di strumentalizzazione politica e le tensioni coi principi di necessarietà e

⁵⁹ Para una brillante síntesis de la evolución de la utilización de las formas omisivas, cfr. Ferrando Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 127/128

⁶⁰ Al respecto, cfr. José Daniel Cesano, “El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación”, *Revista de Derecho y Tribunales*, N° 6, Febrero de 2008, Amalio M. Fernández Editorial y Librería Jurídica, Montevideo, pp. 14/16.

tassativitá del diritto penale”⁶¹. Por todo ello consideramos que el desafío está en que, la búsqueda de efectividad, no opaque las necesarias exigencias de taxatividad y determinación, propias de un Estado Constitucional de Derecho ⁶². Precisamente, bajo esta premisa, hemos intentado construir nuestra propuesta.

⁶¹ Mantovani, *Diritto (...)*, op. cit., p. 128.

⁶² Cfr. Lo Monte, *Prólogo*, op. cit., p. XII.