



FACULTAD DE DERECHO

**INTERVENCIÓN POR OMISIÓN EN HECHOS COMISIVOS
REALIZADOS POR TERCEROS EN ACTIVIDADES
EMPRESARIALES: FUNDAMENTACIÓN Y GRADUACIÓN DEL
INJUSTO POR OMISIÓN DEL DEBER DE CONTROL Y
VIGILANCIA DEL ADMINISTRADOR SOBRE LA CONDUCTA DE
LOS SUBORDINADOS**

**PRESENTADA POR
OSCAR WILFREDO MEJÍA VILLANUEVA**

ASESORA

DIANA GISELLA MILLA VÁSQUEZ

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2020



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**INTERVENCIÓN POR OMISIÓN EN HECHOS COMISIVOS
REALIZADOS POR TERCEROS EN ACTIVIDADES
EMPRESARIALES: FUNDAMENTACIÓN Y GRADUACIÓN DEL
INJUSTO POR OMISIÓN DEL DEBER DE CONTROL Y VIGILANCIA
DEL ADMINISTRADOR SOBRE LA CONDUCTA DE LOS
SUBORDINADOS**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

OSCAR WILFREDO MEJIA VILLANUEVA

ASESORA:

Dra. DIANA GISELLA MILLA VÁSQUEZ

LIMA, PERÚ

2020

DEDICATORIA

A . . . L . . . D . . . G . . . A . . . D . . . U . . .

A mis padres

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, quiero agradecer a mis padres por todo el apoyo que han brindado a lo largo de los años; y por la promesa de siempre estar siempre juntos a pesar de lo difícil que se ponga el panorama.

Asimismo, agradecer a mis QQ .-. HH .-. de la R .-. L .-. S .-. HyL Nro. 200 por ayúdame en mi camino a convertirme en un hombre libre y de buenas costumbres, tal como lo exige el juramento ante el G .-. A .-. D .-. U..

ÍNDICE

Índice de contenido

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO.....	18
1.1 Antecedentes de la investigación.....	18
1.1.1 Antecedentes nacionales	18
1.2 Bases teóricas.....	26
1.2.1 Teoría normativa del delito de omisión.....	26
1.2.2 Teoría tripartita de clasificación de los delitos de omisión.....	28
1.2.3 Teoría material de la fuente de la posición de garante.....	31
1.2.4 Teoría normativista de la intervención delictiva.....	33
1.2.5 Teoría normativa de la intervención por omisión.....	36
1.3 Definición de términos básicos	39
CAPÍTULO II METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	41
2.1 Tipo de investigación	41
2.2 Nivel de investigación	41
2.3 Método de investigación	42
2.4 Diseño de investigación	42

2.5 Técnicas para la recolección de datos.....	42
2.6 Aspectos éticos.....	43
CAPÍTULO III PRINCIPIOS ORGANIZATIVOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.....	44
3.1 Introducción	44
3.2 Principio de competencia.....	46
3.2.1 Principio de jerarquía en la actividad empresarial	47
a) Modelo <i>bottom up</i> : Limitada competencia de los subordinados	49
b) Modelo <i>top down</i> : Amplitud de competencia de los superiores	50
3.2.2 Principio de división de trabajo en la actividad empresarial	53
3.3 Principio de desconfianza: delegación de competencias.....	55
3.3.1 Concepto restrictivo de delegación	55
3.3.2 Objeto de delegación	57
3.3.3 Efectos de la delegación	58
3.3.4 Clases de delegación.....	60
a) Delegación de competencias y encargo en la ejecución de una función.....	60
b) Delegación válida y delegación defectuosa.....	61
IV IMPUTACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA	63
4.1 Introducción	63
4.2 Los ámbitos de imputación en el Derecho penal	64
4.2.1 La necesidad de orientación en el mundo social.....	64
4.2.2 Las expectativas normativas	65

4.2.3 El rol como dimensión material de las expectativas	66
4.2.4 La función del Derecho penal.....	68
a) Los delitos de dominio	69
b) Los delitos de infracción de deber	71
4.3 Los ámbitos de imputación en el Derecho penal de la empresa.....	72
4.3.1 Criminalidad desde la empresa	73
a) Delitos de dominio cometidos desde la empresa	74
b) Delitos de infracción de deber cometidos desde la empresa	75
4.3.2 Criminalidad dentro de la empresa.....	76
a) Delitos de dominio cometidos dentro de la empresa	76
b) Delitos de infracción de deber cometidos dentro de la empresa	77
V INTERVENCIÓN DEL ADMINISTRADOR MEDIANTE OMISIÓN EN HECHOS COMISIVOS REALIZADOS POR SUS SUBORDINADOS	78
5.1 La comisión por omisión como marco dogmático de imputación de responsabilidad penal.....	78
5.1.1 Elementos del delito de comisión por omisión.....	78
a) La posición de garantía	79
a.1) Deberes de aseguramiento.....	80
a.2) Deberes de salvamento	81
b) La equivalencia normativa.....	82
b.1) Imputación del comportamiento	82
b.2) Imputación objetiva del resultado.....	85

5.1.2 Sobre la necesidad de una cláusula general de comisión por omisión	86
5.2 La posición de garantía del administrador	87
5.2.1 Concepto de administrador para el Derecho penal	87
5.2.2 Criterio material de la posición de garantía del administrador	90
5.3 Intervención del administrador mediante omisión en hechos comisivos realizados por sus subordinados	91
5.3.1 Fundamento y estructura del injusto único de intervención	91
a) Conducta omisiva típica de intervención en el delito	92
b) Aplicación de las reglas de imputación y reglas de comportamiento al ámbito de los delitos de dominio comunes cometidos desde la empresa	93
b.1 Función en la prospectiva de las reglas de comportamiento	93
b.2 Primer nivel de imputación: <i>imputatio facti</i>	95
b.3 Función en la retrospectiva de las reglas de comportamiento: <i>applicatio legis ad factum</i>	97
b.4) Segundo nivel de imputación: <i>imputatio iuris</i>	105
5.3.2 Graduación del injusto único de la intervención	106
CONCLUSIONES	109
FUENTES DE INFORMACIÓN	111
ANEXOS	119

RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda la problemática en torno a la atribución de responsabilidad penal del empresario por la infracción de la infracción de sus deberes de control y vigilancia sobre sus subordinados en el marco de la actividad empresarial. El objetivo principal fue el desarrollar reglas generales de imputación para el caso de la intervención por omisión en competencia por organización del administrador en los hechos comisivos realizados por sus subordinados. Se utilizó enfoque metodológico cualitativo de tipo básico y diseño descriptivo no experimental (teórico); cuyo objeto de estudio fueron las normas del código penal que regulan intervención delictiva, la comisión por omisión e inicio de la ejecución del delito. Obteniéndose como resultados y conclusiones más relevantes que el administrador responderá como partícipe del delito cometido por el subordinado cuando infrinja sus deberes secundarios de control y vigilancia; en tanto que, responderá como autor cuando infrinja sus deberes primarios de control y vigilancia.

Palabras clave: comisión por omisión, administrador, subordinado, deberes de control y vigilancia, autor y cómplice

ABSTRACT

This research work addresses the problem surrounding the attribution of criminal responsibility of the employer for the violation of the violation of his duties of control and surveillance over his subordinates in the framework of business activity. The main objective was to develop general rules of imputation for the case of intervention by omission in competition by organization of the administrator in the commissive acts carried out by his subordinates. A qualitative methodological approach of a basic type and a non-experimental (theoretical) descriptive design was used; whose object of study were the rules of the criminal code that regulate criminal intervention, commission by omission and initiation of the crime. Obtaining as more relevant results and conclusions that the administrator will respond as a participant in the crime committed by the subordinate when he infringes his secondary duties of control and surveillance; whereas, it will respond as the author when it infringes its primary duties of control and surveillance.

Keywords: *commission for omission, administrator, subordinate, duties of control and vigilance, author and accomplice.*

INTRODUCCIÓN

La introducción del presente trabajo se estructura sobre la base de tres partes: a) Descripción de la situación problemática, problema principal, objetivo general, hipótesis principal, etc.; b) Enfoque y tipo de diseño metodológico y c) Estructura de la tesis.

En primer lugar, la situación problemática en torno a la elaboración de reglas generales de imputación para la fundamentación de la responsabilidad penal del administrador por los delitos cometidos por sus subordinados estriba en que la clásica teoría del delito, elaborada sobre la base del paradigma del delito doloso de acción, resulta insuficiente para enfrentar la problemática de las actividades empresariales organizadas en forma compleja; en tanto, estas se caracterizan por una intensa división -horizontal y vertical- y descentralización de funciones y tareas (Feijóo, 2009).

Aunado a tales características, Silva (2016) advierte que el grupo de casos de Derecho penal de la empresa, basados en el modelo de concurrencia de varias personas en estructuras empresariales complejas, genera tensiones en el ámbito de la teoría clásica del delito debido a tres razones: disociación entre acción y responsabilidad, escisión de los elementos del tipo y aparición de efectos derivados de las dinámicas de grupo.

Respecto a la disociación entre acción y responsabilidad cabe señalar que el abandono de la estructura organizativa lineal o simple por parte de las grandes empresas, tiene como consecuencia que la ejecución de las decisiones tomadas por los órganos directivos recaiga en subordinados de último nivel que carecen de autonomía decisoria (Montaner, 2008). En ese mismo sentido, la disociación entre

la acción y responsabilidad es descrita por Feijóo (2002, Pág. 41) “Como un hiato entre la toma de las decisiones y la ejecución de dichas decisiones”.

Luego, sobre la escisión de los elementos del tipo como característica de los casos de delitos cometidos a través organizaciones empresariales complejas, señala lo siguiente Feijóo (2009):

Dentro de las grandes empresas y sociedades (...) se presente una atomización o fragmentación de movimientos corporales, decisiones sobre políticas generales, conocimiento sobre riesgos y recopilación de información (...) de tal manera que, (...), ya no es posible encontrar una persona en la que coincidan la creación del riesgo o participación en él con representación sobre dicho riesgo, ni nadie que disponga de una información global sobre la actividad empresarial. (Pág. 3)

Luego, sobre la aparición de los sesgos cognitivos y efectos derivados de las dinámicas de grupo, cabe señalar que, si bien aquellos pueden generar distorsiones en el plano cognitivo y evolutivo emocional sobre el agente, no pueden ser considerados como factores de exclusión sistemática de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa; toda vez que, en el caso de los sesgos cognitivos resulta posible atribuir responsabilidad penal por lo menos por imprudencia al no tratarse de errores invencibles; mientras que, en el caso de la influencia de las dinámicas de grupo, resulta razonable proponer una atención debido a la disminución de la conciencia de la antijuridicidad y la disminución de la exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho (Silva y Varela, 2013).

En ese sentido, ante la inconveniencia de las soluciones que ofrece la teoría clásica del delito al calificar al subordinado de último nivel que ejecuta la conducta ordenada por su superior como autor y a los órganos directivos que poseen grandes facultades de decisión como meros partícipes, la doctrina ha hecho el esfuerzo de elaborar criterios normativos que permitan fundamentar la responsabilidad del superior jerárquico.

Al respecto, Feijóo (2007a) propone que los criterios normativos para poder imputar válidamente responsabilidad penal al órgano de administración de la empresa tenga como secuencia; en primer lugar, determinar que el delito es objetivamente imputable al ámbito de organización de la empresa sobre la base del criterio de organización defectuosa del colectivo y en caso no ello no sea posible no resultara posible imputárselo a los miembros de la empresa; en segundo lugar, determinar cuáles son las personas físicas dentro de la empresa que resultan competentes para el hecho según sus ámbitos de organización y, finalmente, determinar quiénes de las personas competentes para el hecho según sus ámbitos de organización han infringido sus deberes.

Ahora bien, llegado a este punto cabe hacer la precisión que dentro de la problemática en torno a la determinación de responsabilidad penal del administrador por de los hechos cometidos por sus subordinados es posible diferenciar dos supuestos: a) el superior interviene en la toma de decisión del hecho, o incluso su ejecución y b) el superior no impide la realización del delito por parte de su subordinado (García, 2019a). Así, el objeto de investigación se circunscribe al segundo puesto; en tanto, se analiza la responsabilidad penal del administrador por la infracción de sus deberes de control y vigilancia sobre subordinados.

En el caso en que el superior no impide la realización del delito por parte de su subordinado en actividades empresariales, la doctrina recurre al instituto de la comisión por omisión como solución adecuada (Demetrio, 2009). En este supuesto, de manera específica, el análisis se centra en los casos en los que junto a la omisión de los deberes de control y vigilancia del administrador concurre la conducta activa de un sujeto autoresponsable dando lugar a la realización típica (Robles, 2015).

En efecto, de lo expuesto se advierte que el problema dogmático que subyace a la responsabilidad penal del administrador por la infracción de sus deberes de control y vigilancia es la de aquellos supuestos en que “Una determinada configuración del propio ámbito de organización en relación con la conducta de terceros decididos a cometer delitos adquiere el sentido inequívoco de formar parte del acontecer delictivo posterior (facilitándolo, determinándolo, etc.)” (Robles 2015, Pág. 143).

El problema principal del presente trabajo de investigación es determinar cuál son los criterios para determinar el fundamento de la intervención por omisión en competencia por organización del administrador por los hechos comisivos realizados por sus subordinados. Para ello, se dará primero respuesta a las preguntas de en qué casos la omisión en el estadio previo del administrador determina la configuración del injusto único de participación y en qué casos la omisión en el estadio previo del administrador contribuye a su configuración.

La hipótesis principal del trabajo es que el análisis de la intervención por omisión de competencia por organización amerita dos niveles de análisis; en primer lugar, la configuración de la conducta omisiva de intervención en el delito (fundamentación del injusto) y luego calificación a título de autor o cómplice según el grado de configuración al injusto del hecho (graduación del injusto).

Asimismo, se propone que en aquellos casos en los que se constate una delegación eficaz de competencias, la infracción por parte del administrador (delegante) de sus deberes residuales de control y vigilancia sobre su subordinado dará lugar a una competencia por el injusto del hecho a título de participación, pues su comportamiento configura el hecho en una menor medida que el comportamiento típicamente desaprobado del subordinado (delegado) quien responderá como autor del delito cometido desde la empresa.

En tanto que, cuando se trate de casos de encargo de la ejecución de una función, la infracción por parte del administrador (mandante) de sus deberes primarios de control y vigilancia sobre su subordinado (encargado) dará lugar a una competencia por el injusto del hecho a título de autoría, pues su comportamiento determina la configuración del injusto del hecho; mientras que, si el subordinado se aparta de su rol responderá a título de partícipe. En caso el subordinado no infrinja su rol, su conducta deviene en atípica por tratarse de una conducta neutra.

La importancia del estudio de la presente investigación radica, principalmente, en dos razones a saber: a) el rol de la empresa en las sociedades modernas y b) la necesidad de ofrecer fundamentos dogmáticamente válidos y político-criminalmente satisfactorios en los casos de criminalidad desde la empresa.

Sobre la primera razón, sobre la base de la realidad social, cabe señalar que resulta indiscutible que la empresa -en cuanto agente económico- ha desplazado al comerciante individual como sujeto preponderante en las operaciones y transacciones económicas (García, 2019b). En ese sentido, no resulta extraño que desde la organización de la empresa se puedan derivar cursos lesivos que afecten intereses esenciales para el desarrollo de la sociedad; tales como el sistema

económico, el medio ambiente o la salud pública (Meini, 2003). En mérito a lo señalado se advierte la importancia de que el Derecho penal de respuestas a los casos de criminalidad de la empresa.

Luego, desde el punto de vista teórico, la segunda razón que justifica la importancia de la investigación radica en que resulta necesario “Desarrollar unas bases teóricas del Derecho Penal de la empresa que permitan resolver de forma unificada y coherente los diversos problemas que plantea la imputación de hechos delictivos en ámbitos empresariales” (Feijóo 2007a, Pág. 121). En mérito a ello, en los últimos años la doctrina viene acentuando su interés en el campo de la criminalidad de la empresa; específicamente, en la elaboración de criterios para imputación de responsabilidad penal individual (Lascurraín, 2018).

Las limitaciones que tuvo el presente estudio se debió, principalmente, a la escasa producción bibliográfica y desarrollo jurisprudencial nacional sobre la elaboración de reglas generales de imputación para los casos de criminalidad empresarial, a diferencia del estudio de determinados delitos económicos previstos en la parte especial del CP o leyes especiales; así, por ejemplo, el delito lavado de activos ha sido objeto de mayor interés por la doctrina y jurisprudencia nacional que la cláusula de actuar en lugar de otro para los casos de administración desleal.

El dominio de validez y alcance de los resultados, no se vio afectado por el poco desarrollo en la doctrina y jurisprudencia nacional en la elaboración de criterios generales de imputación en el ámbito de la criminalidad empresarial; toda vez que, las reglas generales de imputación para los casos de criminalidad de la empresa adoptados han sido desarrolladas a partir del grupo de casos que subyace a las regulaciones legales sobre la materia; esto es, los de la intervención por omisión

en competencia por organización. En ese sentido, la viabilidad del trabajo se logró gracias a la bibliografía y jurisprudencia de países como España y Alemania en los que el estudio de los particulares delitos económicos y de la empresa no supone un detrimento al estudio de las reglas generales de imputación para los casos de criminalidad desde la empresa.

En segundo lugar, a través de un enfoque metodológico cualitativo de tipo básico y diseño descriptivo no experimental (teórico) se llevó a cabo un análisis dogmático de las normas del código penal que regulan las categorías de comisión por omisión, intervención delictiva e inicio en la ejecución del delito. Ahora bien, debido a la naturaleza de la investigación, tal análisis dogmático se realizó a través de un proceso que comprende de cuatro etapas que siguen un orden lógico-necesario, con excepción del último que se encuentra presente durante todo el proceso: a) interpretación de la ley penal, b) elaboración de conceptos generales, c) sistematización de los conceptos obtenidos y c) la crítica.

En tercer lugar, el presente trabajo consta de cinco capítulos. El primero consiste en el marco teórico, donde se exponen y analizan los antecedentes de la investigación de orden nacional como internacional vinculados al tema de la responsabilidad penal del administrador por la infracción de sus deberes de control y vigilancia sobre sus subordinados. Asimismo, se desarrollan las bases teóricas se analizan críticamente las principales teorías sobre la intervención por omisión en competencia por organización, los fundamentos del delito de comisión por omisión y se pone de manifiesto el punto de vista teórico que asume en el presente trabajo. Finalmente, en el marco teórico se hace una lista con la definición conceptual de los principales términos que se emplean en el presente trabajo, elaborados a partir de los antecedentes y bases teóricas.

El segundo capítulo consta de la metodología de la investigación empleada, en la que se explica el procedimiento que se siguió para el estudio de acuerdo con la técnica empleada. Asimismo, se explica el procedimiento de muestreo y criterios que se utilizaron para seleccionar el ámbito de estudio. Finalmente, se exponen los aspectos éticos según la normatividad sobre la materia.

En el tercer capítulo se desarrollan los principios organizativos de la actividad empresarial que permiten la delimitación de los ámbitos de organización dentro de la estructura de la organización a través de los principios de jerarquía, división de trabajo y delegación de competencias. Asimismo, se desarrolla la diferencia entre delegación de competencias y encargo en la ejecución de una función.

En el cuarto capítulo se exponen y analizan las reglas generales de imputación en el ámbito de la empresa para los delitos cometidos desde y dentro de la empresa. Para tal efecto, primero, se desarrollan los ámbitos de imputación en el Derecho penal a partir de la diferenciación de delitos en competencia por organización y delitos en competencia institucional.

En el quinto capítulo se analiza la responsabilidad del administrador por los delitos cometidos por sus subordinados debido a la infracción de sus deberes de control y vigilancia. Tal análisis parte de la discusión sobre la relevancia penal de intervención mediante omisión en competencia por organización a partir del inicio de la ejecución del delito por parte de un tercero.

Finalmente, se exponen las conclusiones del trabajo derivadas de manera directa de los problemas, objetivos y las hipótesis planteadas; señalando en qué casos el administrador responde como autor y en qué casos como partícipe. Igualmente se detallan las fuentes de información y se agregan los anexos.

CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

1.1.1 Antecedentes nacionales

Si bien en la doctrina nacional no son abundantes los trabajos de investigación referidos la responsabilidad penal del superior por los hechos cometidos por sus subordinados en la actividad empresarial, sí es posible encontrarse con algunos que revistan de relevancia para el desarrollo del presente trabajo.

En primer lugar, se cuenta con el trabajo de investigación intitulado La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía; en el que, a partir de una metodología cualitativa, García (2019b) expone conclusiones en torno a las siguientes cuestiones jurídico-penalmente relevantes: (a) los requisitos del delito de comisión por omisión; (b) la posición de garantía del directivo y (c) las competencias penalmente relevantes del directivo.

Primero, respecto al delito de comisión por omisión, García (2019b) llega a la conclusión que la normatividad nacional regula como requisitos de la comisión por omisión la posición de garantía y la equivalencia normativa; precisando que el contenido de ambos varía según se trate de delitos en competencia por organización o delitos en competencia institucional.

Así, sobre el requisito de la posición de garantía, el autor concluye que en los delitos cuyo fundamento recae en la competencia por organización (delitos de dominio), la posición de garantía deja de ser una cuestión puramente formal para sustentarse en el criterio material de asunción de una posición de dominio, ya sea que se entienda como un dominio sobre la causa que produce el resultado o como el compromiso de actuar como barrera de protección de riesgos; mientras que, en los delitos que se fundamentan en competencia institucional (delitos de infracción de deber) la posición de garantía se fundamenta en la vinculación formal establecida en virtud de una institución social específica; como la relación filial o deberes estatales (García, 2019b).

Luego, sobre el requisito de la equivalencia normativa, el autor concluye que la omisión del garante presenta los mismos elementos objetivos y subjetivos que fundamentan la imputación para los casos de realización activa del correspondiente tipo penal de la parte especial; por lo que, comparten el mismo fundamento y criterio de imputación (García, 2019b).

En efecto, en los delitos de dominio la imputación objetiva debe verificar, primero, la competencia del garante por el riesgo y, luego, la imputación objetiva del resultado conforme al criterio del ámbito de protección de la norma y a nivel de la imputación subjetiva la realización del riesgo en el resultado corresponde a título de dolo o culpa; mientras que, en los delitos de infracción de deber la no evitación del resultado configura la imputación objetiva del delito; en tanto, la posición de garantía no se deriva de la asunción de una posición de dominio de riesgos, sino de los contornos de la institución específica que vincula al garante con otras personas como la relación paterno-filial o una situación socialmente deseable como los deberes del Estado (García, 2019b).

Segundo, en relación a la posición de garantía del directivo, García (2019b) arriba a la conclusión que, si bien la escisión entre la propiedad y control de la empresa, el interés en el estudio de la posición de garantía de los directivos o administradores se ha desplazado en favor del estudio de la posición de garantía del empresario, no puede dejar señalarse que la posición de garantía del directivo de una empresa requiere del haber entrado a controlar o dominar el desarrollo de la actividad empresarial; por lo que no resulta suficiente con su mero nombramiento formal; esto es, la posición del directivo se basa en un criterio material y no solo en uno formal.

Tercero, sobre competencias penalmente relevantes del directivo, García (2019b) concluye que en la posición de garantía del directivo, que se basa en competencias por organización, se debe precisar el rol que desempeña dentro de la estructura de la empresa; así, las competencias por organización los hace responsables tanto por la gestión de los asuntos generales de la empresa como de competencias de control y vigilancia generales; mientras que, en el caso de competencias institucionales, la responsabilidad del director se configura por el solo incumplimiento del deber especial.

El segundo antecedente nacional de investigación con relevancia, lo constituye el trabajo intitulado Responsabilidad penal del directivo de la empresa en el Código Penal peruano. Competencia por organización y naturaleza normativa del injusto de resultado lesivo en los supuestos de comisión por omisión; en el que, a partir de una metodología cualitativa, Urquiza y Salazar (2015) llevan a cuatro conclusiones; primero, en el ámbito empresarial los delitos de comisión por omisión deben configurarse a partir de los deberes específicos que competen a una determinada persona que se encuentra vinculada con la organización y estructura de la persona jurídica según el rol que desempeña, ya sea como administrador o empleado.

Segundo, los autores concluyen que, en virtud del principio de división de trabajo, cada persona que se encuentra vinculada con la organización y estructura de la persona jurídica únicamente es responsable por los riesgos que son propios del estatus que ocupa dentro de la organización de la empresa; es decir, que solo se es responsable por las connotaciones penales que se derivan de los riesgos que forman parte de la determinada actividad que desempeña una persona dentro de la empresa; por lo que los directivos no responderán penalmente si desempeñan su rol dentro del riesgo permitido (Urquizo y Salazar, 2015).

En esa misma línea de argumentación, los autores concluyen que a partir del principio de responsabilidad por el injusto propio, los directivos de una persona jurídica no responden penalmente por los riesgos que se deriven de esferas de organización de las demás personas que forman parte de la organización y estructura de la empresa; por ejemplo, de los administradores y empleados, sino que solo responden las consecuencias que se deriven de la infracción de su rol (Urquizo y Salazar, 2015).

Finalmente, concluyen que para que se cumpla el supuesto de que un directivo de la persona jurídica resulte competente por los riesgos derivados del ámbito de competencia de sus subordinados resulta necesario que se verifiquen los presupuestos legales y dogmáticos de la comisión por omisión; esto es, que el directivo ostente la posición de garante y que su comportamiento se corresponda a nivel de la imputación objetiva y subjetiva con el delito en comisión y que, además, el directivo, a partir de los principios de confianza, división de trabajo y responsabilidad por el injusto propio, ostente de los deberes de control y vigilancia sobre sus subordinados (Urquizo y Salazar, 2015).

1.1.2 Antecedentes internacionales

En el primer trabajo de orden internacional, intitulado Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Meini (2003), a partir de una metodología cualitativa, arriba a ciertas conclusiones sobre la responsabilidad penal del órgano directivo en comisión por omisión por hechos cometidos por sus subordinados conforme la legislación española.

Primero, sobre la aplicación de la figura de la comisión por omisión en los casos de Derecho penal de la empresa, el autor concluye que debe verificarse que la identidad estructural en el plano valorativo entre acción y omisión (deber de garante material) se alcanza cuando el sujeto ha adquirido el deber de contener una fuente de peligro preexistente y omite realizar las actividades que mantienen estable dicha fuente de peligro; es decir, a través del comportamiento omisivo se desestabiliza la fuente de peligro lo que ocasiona cursos causales que terminan por lesionar o poner en peligro bienes jurídicos (Meini, 2003).

En segundo lugar, el autor concluye que las clásicas fuentes formales de posición de garante, el contrato, la ley y comportamiento precedente, representan la forma de asunción de una posición de garante por la cual la persona incorpora a su ámbito de organización individual el deber de actuar como barrera de contención de riesgos frente a un determinado foco de peligro; por la desestabilización de tal foco da lugar la creación de riesgos típicamente relevantes se verifica con posterioridad a la asunción de la posición de garante (Meini, 2003).

En tercer lugar, arriba a la conclusión que el fundamento de la posición de garante no puede limitarse a la constatación de una situación fáctica (posibilidad fáctica de actuar), sino que debe tenerse en cuenta connotaciones normativas; por lo que, el

fundamento normativo del dominio sobre la causa del resultado radica en las facultades individuales de autoorganización; esto es, en configuración y organización de una actividad con exclusión de terceros (Meini, 2003).

Finalmente, sobre el tema, el autor concluye que en la medida que la creación o aumento de riesgo que se realiza en el resultado se derive únicamente de los deberes de vigilancia que ostenta el empresario; podrá ser calificado como partícipe en comisión por omisión. Por el contrario, si además de los deberes de vigilancia, el empresario ostenta el deber de evitar que de los comportamientos desviados de sus trabajadores se deriven lesiones de bienes jurídicos, su responsabilidad corresponde a título de autor (Meini, 2003).

En el segundo trabajo de orden internacional, intitulado Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal, Montaner (2008), a partir de una metodología cualitativa, arriba a ciertas conclusiones en torno al fundamento e infracción de los deberes de control y vigilancia dentro de las organizaciones empresariales; esto es, en aquellas situaciones en las que confluyen ámbitos de competencia de por lo menos dos personas dentro de la actividad empresarial como consecuencia de la delegación de competencias y encargo en la ejecución de una función.

En primer lugar, la autora concluye que, en la delegación de funciones o competencias, el deber de control forma parte de la competencia residual y secundaria que mantiene el delegante tras pasar su posición de garantía al delegado; esto es, a través de la figura de la delegación de funciones o competencias se crea una nueva posición de garante en el que el delegante mantiene unos deberes residuales de control y vigilancia sobre el delegado, quien pasa a administrar las competencias que le fueron transferidas (Montaner, 2008).

En segundo lugar, la autora concluye que, en el caso del encargo de la ejecución de una función, el deber de control forma parte de la posición de garantía primaria que sigue manteniendo el mandante tras el encargo de la ejecución. En este caso no se produce la creación de una nueva posición de garante; por lo que mantiene deberes primarios de control y vigilancia (Montaner, 2008).

En tercer lugar, concluye que la consecuencia penal por la infracción de deberes residuales en los casos que el delegante infrinja su deber de control sobre el delegado responderá como partícipe en comisión por omisión por el delito cometido por su subordinado; en tanto que, su contribución al hecho delictivo es de menor intensidad que la del delegado, quien responderá a título de autor por haber realizado una mayor contribución al hecho delictivo (Montaner, 2008).

Finalmente, la autora concluye que en los casos que el mandante ostente una posición de garantía primaria, la consecuencia penal por la infracción de sus deberes de control y vigilancia, será responder penalmente a título de autor por el delito ejecutado por el encargado en comisión por omisión; toda vez que, el resultado delictivo se deriva del ámbito de competencia del mandante que ostenta una posición de garantía primaria; mientras que, el encargado también responderá como autor del delito acaecido, encontrándonos ante un supuesto de autoría sucesoria y no de coautoría (Montaner, 2008).

En el tercer trabajo de orden internacional, intitulado Responsabilidad penal por omisión del empresario, Demetrio (2009), a partir de una metodología cualitativa, formula ciertas conclusiones en torno a los casos de Derecho penal de la empresa en los que el superior puede ser responsable, en comisión por omisión por la no evitación de los hechos punibles cometidos por sus subordinados.

En primer lugar, el autor concluye que el contenido del deber de garantía se concreta tanto en la adopción de medidas de seguridad complementarias que buscan evitar el aumento de riesgo inicial de las fuentes de peligro; cuanto en la adopción de medidas de salvamento por las que se busca evitar que el peligro concreto e inminente generado por el aumento de riesgo lesione los bienes jurídicos de las personas (Demetrio, 2009).

En segundo lugar, el autor formula la conclusión que los límites dogmáticos de la posición de garante del empresario se encuentran limitados por el principio de responsabilidad por el hecho propio que resulta ser compatible con la afirmación de una posición de garante por la no evitación de hechos cometidos por sus subordinados; la imputación de responsabilidad penal en comisión por omisión por un hecho calificado como doloso o imprudente y el título de imputación como partícipe en comisión por omisión cuando el empresario haya infringido únicamente un deber de vigilancia y como autor cuando la omisión haya contribuido a que el riesgo incrementado se realice en el resultado del hecho cometido por el subordinado (Demetrio, 2009).

Finalmente, en el cuarto trabajo de orden internacional, intitulado Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa, Estellita (2017), formula determinadas conclusiones en relación a la posición de garante de los dirigentes de la empresa por crímenes relativos a la actividad económica de la empresa y los presupuestos de tipicidad objetiva y subjetiva que la conducta omisiva de los dirigentes debe cumplir para poder ser sancionados penalmente, tomando como marco normativo la legislación brasilera.

En primer lugar, la autora concluye que, según la legislación penal brasilera vigente los presupuestos de la figura de la comisión por omisión son la situación típica; la posición de garante; la no realización de la conducta exigida a pesar estar en la capacidad física de realizarlo; el nexo de causalidad e imputación objetiva de resultado y la imputación a título de dolo y culpa (Estellita, 2017).

En segundo lugar, la autora formula la conclusión que el fundamento material de la posición de garante se deriva de la autonomía individual del agente para organizar su vida de manera libre y de respetar las esferas de autonomía de terceras personas; en ese sentido, la creación de una fuente de peligro le corresponde la exigencia de que sea mantenida dentro de los márgenes permitidos adoptando las medidas de protección; es decir, cumplir con el deber de vigilancia para evitar la producción de resultado lesivos (Estellita, 2017).

Finalmente, la autora concluye que la omisión típica presupone de una situación de peligro que exija la intervención del agente para evitar la producción del resultado; así, el deber genérico de actuar del garante -generada por la situación de peligro- consiste en realizar una conducta determinada en beneficio del bien jurídico concretamente amenazado; en tanto que la determinación de dicho deber se lleva a cabo en atención a los datos concretos relativos al tipo penal (Estellita, 2017).

1.2 Bases teóricas

1.2.1 Teoría normativa del delito de omisión

Como punto de partida para el desarrollo del presente trabajo, resulta válido formularnos la pregunta de cuál es el concepto de omisión que tiene relevancia para efectos penales; con otras palabras, bajo qué criterios es posible afirmar que la omisión de una acción debida defrauda una norma.

Sobre este punto, se tiene que en la doctrina existe una tendencia casi unánime en señalar que el concepto de omisión para efectos penales, es el de omisión típica; es decir, de la omisión que se corresponde con los elementos del tipo. Como consecuencia de ello, se descarta el concepto de acción como un mero no hacer.

En esa línea de argumentación, Gimbernat (2013) plantea que dentro del comportamiento de las personas resulta posible identificar tres niveles: el comportamiento pasivo que se desarrolla al nivel de los procesos causales que tienen lugar en la naturaleza; luego, la omisión como juicio negativo sobre el comportamiento acaecido y, finalmente, la omisión típica que al igual que anterior supone un juicio negativo, pero circunscrito al ámbito jurídico-penal.

De ese mismo parecer, Silva (2015) apunta que el contenido de sentido relevante de los comportamientos para el Derecho penal dado por el tipo; así, puede adoptar tanto un carácter comisivo cuanto omisivo; siendo que, en el caso de este último, la omisión no debe ser entendida como un juicio sobre la nada, sino como la discordancia entre el comportamiento del individuo y la expectativa del bien jurídico. En ese orden de ideas, podemos definir a la omisión como “El juicio típico mediante el cual se imputa a una conducta la no realización de una prestación positiva de salvaguarda (típicamente) indicada como necesaria *ex ante* para la protección de un bien jurídico” (Silva 2015, Pág. 180).

Por lo tanto, todas aquellas concepciones de la omisión como un mero no hacer, propio de un enfoque naturalístico del comportamiento humano que fundamenta la teoría clásica del delito, carecen de relevancia para el Derecho penal; toda vez que, a partir de una interpretación de los tipos penales de la parte especial, se llega a la conclusión que la omisión con relevancia penal es la omisión típica.

1.2.2 Teoría tripartita de clasificación de los delitos de omisión

Antes de analizar la propuesta de clasificación de los delitos de omisión (frente a la clásica clasificación dualista), resulta conveniente hacer mención a la clasificación tripartita de los delitos elaborada por la doctrina que toma como criterio la forma de realización del comportamiento.

Al respecto, Gimbernat (2013) señala los delitos previstos en parte especial del Código penal español pueden clasificarse en tres, según la forma de la realización típica regulada; así, tenemos delitos que solo pueden cometerse mediante acción, delitos que solo pueden cometerse mediante omisión y delitos que pueden cometerse tanto por acción como por omisión.

Primero, sobre los delitos que solo pueden cometerse mediante acción, el autor señala que en este grupo se encuentran; por ejemplo, el delito de falso testimonio que exige una declaración no ajustada a la verdad en causas penales o civiles o el delito de prevaricación que exige dictar una resolución injusta (Gimbernat, 2013).

Segundo, en relación a los delitos que solo pueden cometerse mediante omisión, el autor destaca que pertenecen a este grupo conductas tales como no socorrer a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave; el que se abstiene de impedir un asesinato pudiendo hacerlo y el juez que sin causa justa se niega a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley (Gimbernat, 2013).

Tercero, sobre los delitos que pueden cometerse tanto por acción como por omisión, el autor detalla que a este grupo pertenecen la mayoría de delitos de lesión; por ejemplo, los delitos contra la vida como el aborto, en los que no se especifica la forma concreta o modalidad de realización de los daños que causan las lesiones (Gimbernat, 2013).

La referida clasificación tripartita de los delitos de la parte especial según su forma de realización resulta especialmente útil para el desarrollo del presente trabajo; en tanto que, al momento de analizar el requisito de la identidad normativa de la acción y omisión, como requisito del delito de comisión por omisión, se hará énfasis en que lo relevante es la infracción del rol y no forma de su realización.

Ahora bien, resulta particularmente interesante la propuesta de Silva (2015) de clasificar gradualmente los delitos de omisión, según el tipo de deber infringido, en delitos propios de omisión, delitos de omisión agravados no idénticos a la comisión activa y delitos de comisión idénticos a la comisión activa.

Así, en los delitos propios de omisión el fundamento del injusto radica en la infracción del deber de solidaridad mínima, por el que, el agente infringe un deber general de actuar (Silva, 2015).

Luego, en un nivel medio, en los delitos de omisión agravados no idénticos a la comisión activa el fundamento del injusto radica en la infracción de deberes de solidaridad cualificada derivado de instituciones concretas; tales como el matrimonio, la familia y la función pública (Silva, 2015).

Finalmente, en los delitos de comisión idénticos a la comisión activa, el fundamento del injusto reside en la creación de riesgos para las esferas de organización de ajenas derivados del defecto de organización por parte del agente; tal cual ocurre en el caso de los delitos de comisión (Silva, 2015).

La propuesta de clasificación descrita no solo tiene relevancia teórica, sino que, desde un punto de vista práctico, incide en el momento de determinación de la pena; toda vez, que en aquellas legislaciones en las que se regule la atenuación facultativa de la pena; cabe formular la pregunta de cuándo procede tal atenuación.

Esta problemática ha sido abordada en la doctrina nacional por Meini (2005), quien afirma que la legislación penal nacional, a través de la regulación de la referida atenuación facultativa, recoge la propuesta de clasificación tripartita de los delitos de omisión que fue desarrollada anteriormente.

La argumentación del autor parte de la premisa de que, si a través de la figura de la comisión por omisión existe identidad normativa entre el comportamiento omisivo y activo (el comportamiento omisivo crea un riesgo típico que se realice en el resultado al igual que en delitos de comisión), resulta lógico señalar que la atenuación facultativa es aplicable para aquellos casos en los que tal equivalencia no exista; ya que, no existe justificación para que en casos normativamente idénticos se utilice criterios de determinación de la pena distintos (Meini, 2005).

En ese orden de ideas, la referida facultad de atenuación de la que dispone el juez resulta aplicable a un supuesto distinto al del delito de comisión por omisión en el que existe identidad normativa entre el comportamiento omisivo y el activo; ya que, como señala Meini (2005):

La atenuación de la pena del art. 13 CP procede cuando el juicio de (des)valor que recae sobre el comportamiento omisivo al cual se le imputa el resultado, no es igual que el juicio de (des)valor que se hace respecto del comportamiento activo que produce el mismo resultado, sino que es menor. (Pág. 94)

Así las cosas, el autor identifica que el menor desvalor de la omisión que amerita una atenuación facultativa se presenta en aquellos casos en los que el comportamiento omisivo del agente tenga lugar con posterioridad a la creación o

aumento del riesgo típicamente relevante que se realiza en el resultado; por lo que, la correspondencia entre un comportamiento omisivo y activo se refiere a aquellos casos en los que la no evitación del resultado por el garante que resulta ser menos grave que el delito de comisión por omisión, a diferencia del delito de comisión por omisión que posee igual gravedad que el delito de comisión (Meini, 2005).

Lo expuesto hasta momento nos permite destacar que tanto la teoría tripartita de clasificación de los delitos según su forma de realización como la teoría tripartita de clasificación de los delitos de omisión según el tipo de deber infringido adoptadas en el presente trabajo resultan especialmente útiles para el desarrollo del requisito de identidad normativa entre el comportamiento omisivo y el comportamiento activo que caracteriza al delito de comisión por omisión.

1.2.3 Teoría material de la fuente de la posición de garante

A lo largo del desarrollo de la dogmática penal se han elaborado dos grandes teorías que se han sucedido en el tiempo sobre el origen de las fuentes de la posición de garante en el delito de comisión por omisión; estas son, la teoría formal y la teoría material (Urquizo y Salazar, 2015).

Al respecto, expone Gimbernat (2013) que tradicionalmente las fuentes a las que recurrió para la atribución de responsabilidad penal a las personas que ostentan una posición a través de la cual se comprometen a evitar la lesión de un bien jurídico penalmente protegido son la ley, el contrato y la injerencia.

Primero, sobre la ley y el contrato, el autor señala que el planteamiento de que a partir de leyes de carácter extrapenal y de contratos se derivan obligaciones que convierten al omitente en responsable del resultado que no fue impedido, encuentra su primera formulación en el jurista alemán Feuerbach; siendo que, en ambos

casos, el omitente infringe una obligación especial de carácter extrapenal; a diferencia, de los delitos de omisión propias en los que se infringe una obligación general jurídico-penal (Gimbernat, 2013).

Segundo, respecto a la injerencia, esta fuente postula que el que mediante un hacer precedente crea un peligro de lesión de un bien jurídico y, posteriormente, omite evitar el resultado típico responde por dicha lesión igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva; siendo que tal criterio como encuentra como límite de aplicación que la posición de garante solo provenga de un hacer precedente peligroso para la producción del resultado (Gimbernat, 2013).

Si bien la teoría de las fuentes formales tuvo gran influencia en la doctrina y los legisladores del pasado, actualmente resulta insuficiente para dar respuesta sobre el fundamento de atribución de responsabilidad del garante por la no evitación de un resultado en aquellos casos en los que a pesar de constatarse una efectiva vinculación material no media ley o contrato o en los casos en los que existiendo una relación formal no se evidencia una vinculación material (García, 2019a).

En ese sentido, frente a la teoría formal, la doctrina apunta sus esfuerzos en encontrar el fundamento de la posición de garantía en el delito de comisión en omisión a partir de criterios materiales; al respecto, Schünemann (2009) propone como criterio material el dominio sobre el fundamento o fuente del resultado; en tanto que, Silva (2016) propone como criterio el promiso que asume el garante de actuar como barrera de contención de determinados riesgos.

A pesar que ambas propuestas buscan dotar a la fuente de posición de garantía de contenido material, en el presente trabajo se opta por el segundo criterio; en tanto que, se ajusta mejor al fundamento del injusto para los delitos en competencia por

organización adoptado; a diferencia del primer criterio que descarta la infracción del rol como fundamento del injusto y la creación de un riesgo penalmente prohibido como criterio de imputación.

En profundidad, Silva (2016) entiende a la posición de garante como un compromiso de contención de determinados riesgos para ciertos bienes jurídicos; siendo que el rol es el criterio que determina cuáles son esos riesgos por los que resulta competente, ya que es imposible que una persona sea competente por todos los riesgos que se crean en un determinado contexto social, especialmente, en el ámbito empresarial que se caracteriza por su alta complejidad.

Con todo, este enfoque material de la fuente de la posición de garante será de especial utilidad al momento de desarrollar los principios de competencia, jerarquía, división de trabajo y desconfianza a través de la delegación de competencias como criterios de determinación de los ámbitos de competencia que una persona asume y por el que se convierte en garante de evitar que dicho ámbito de organización se deriven cursos lesivos para los ámbitos de organización de terceras personas a través de la infracción de un deber general negativo o un deber general positivo.

1.2.4 Teoría normativista de la intervención delictiva

A pesar que la teoría del dominio del hecho goza del cómodo status de doctrina mayoritaria y viene siendo aplicada a por la mayoría de órganos jurisdiccionales, ha sido objeto de serios cuestionamientos por parte de un sector de la doctrina que propone que la de la teoría de la intervención en el delito se desarrolle a partir de la función del Derecho penal; esto es, el garantizar la identidad normativa de la sociedad, descartando de plano cualquier presencia de cuestiones ontológicas. Así, esta corriente plantea sustituir el dominio del hecho por la competencia en el hecho.

Sin pretensión de hacer un desarrollo histórico de las diversas teorías que se han elaborado a lo largo del tiempo para dar respuesta a la pregunta de quién resulta responsable por la comisión de un delito, resulta pertinente destacar que la propuesta de Roxin (2016) de un concepto restrictivo de autor vinculado al tipo, cuyo elemento objetivo consiste en el dominio de los sucesos con relevancia penal y cuyo elemento subjetivo aparece como una voluntad que controla y domina la ejecución del hecho, resulta más completa que sus antecesoras para la elaboración del concepto de autor y cómplice para los delitos comunes.

En mérito a ello, resulta innegable que la teoría del dominio del hecho ha tenido éxito en la recepción por parte de los manuales de teoría del delito y ha influenciado en la codificación de los países de habla hispana; por ejemplo, Urquiza (2007), desde su punto de vista, afirma que la legislación nacional sigue una teoría diferenciadora del dominio del hecho que distingue a los autores de los partícipes y desarrolla el concepto de autor a partir de la teoría del dominio del hecho.

Sobre esto último, cabe señalar que, si bien resulta plausible que una determinada teoría influya en la codificación penal de un país, ello no significa que las normas que la componen solo puedan ser interpretadas conforme a dicha teoría; al contrario, también resulta posible que tales disposiciones sean interpretadas desde la óptica de otras propuestas teóricas, siempre que se respete el tenor literal de la ley como límite hermenéutico (Hurtado y Prado, 2011). Por lo tanto, no se comparte la posición que sostiene que las disposiciones que regulan la autoría y participación en la legislación nacional siguen sin más la teoría del dominio del hecho, pues ello implicaría detener el avance de la discusión sobre intervención en el delito, lo cual resulta contraproducente para el análisis de los de Derecho penal de la empresa que se caracterizan por su complejidad.

Así las cosas, desde una posición crítica, Jakobs (2000) objeta que la intervención en el delito se guíe por un sistema dual; esto es, que el que el dominio del hecho sea el criterio rector para la atribución de responsabilidad penal para los delitos de dominio y la infracción de un deber extrapenal para los delitos de infracción de deber; por lo que en su lugar propone que, desde un punto de vista normativo, se recurra a la competencia por organización como fundamento de los delitos cometidos a partir de la infracción del deber general de ciudadano y a la competencia institucional como fundamento de los delitos que tienen su origen en la infracción de un rol especial de naturaleza extrapenal.

El autor precisa que, en el caso de los delitos en competencia por organización, el fundamento del injusto responde a un criterio cualitativo por el cual el dominio del hecho se ve desplazado por la competencia por organización; mientras que, la diferenciación entre autoría y participación se basa en un criterio cuantitativo, según la medida de intervención en el delito (Jakobs, 2000).

De otro lado, en el caso de los delitos en competencia institucional, el fundamento del injusto responde a la infracción de un deber extrapenal, por ejemplo, los deberes institucionales; por lo que, únicamente puede responder como autor quien ostenta ese rol especial, independientemente de si haya tenido o no el dominio de organización (Jakobs, 2000).

En el presente trabajo se adopta el criterio normativo, elaborado sobre la base de la teoría de infracción del rol general del ciudadano y el rol especial, como fundamento de la atribución de responsabilidad penal del administrador por los delitos cometidos por sus subordinados; en tanto que, este último supuesto forma parte del grupo de delitos por competencia en organización.

1.2.5 Teoría normativa de la intervención por omisión

Si bien la intervención mediante omisión en competencia por organización no amerita una construcción distinta al marco general aplicable para los delitos en competencia por organización, sí es importante resaltar que, debido a la concurrencia de un comportamiento omisivo y otro activo, se hace indispensable distinguir en el análisis dos niveles distintos; la configuración del injusto para ambos y la calificación del aporte de cada uno.

Respecto a lo primero, Jakobs (2016) ha resaltado que la traslación de lo desarrollado en materia de intervención a la cuestión de la intervención mediante omisión en competencia por organización no presenta mayores inconvenientes, siempre que la incumbencia generada por la injerencia se mantenga como impune hasta que se dé inicio a la ejecución de un hecho; a partir del cual recién nace el deber de impedir el resultado.

Así, respecto al significado de la intervención mediante omisión en competencia por organización, el autor precisa que el que ajusta su conducta de forma especial a la planificación delictiva de otra persona no puede ser distanciado de la realización de dicha planificación; por lo que, le incumbe evitar la ejecución de la planificación delictiva de quien se organiza de tal manera que surge un riesgo especial de realización o ha asumido el control de un riesgo de planificación (Jakobs, 2016).

Sobre los niveles de intervención en el delito, Robles (2003) señala que dentro del esquema de intervención cabe identificar; en primer lugar, la constitución del injusto de intervención en el que tiene lugar el análisis del hecho típico (criterio cualitativo) y, posteriormente, el análisis de la situación de los intervinientes distinguiendo entre autores y partícipes según la cantidad de aporte (criterio cuantitativo).

Sobre el primer nivel de análisis, el autor hace la precisión que la concepción de un injusto de intervención requiere diferenciar el hecho típico de la conducta típica; toda vez que, el hecho típico adquiere el significado social unitario de ser un hecho típico en el que concurren diversas conductas típicas; por lo que, debe descartarse la identificación total y automática entre la conducta típica del autor y la tipicidad del hecho como unidad de sentido social (Robles, 2003).

En relación, al segundo nivel de análisis, el autor señala que la distinción en la calificación de autoría y participación responde a un criterio cuantitativo, en el que la persona que determine la configuración del hecho típico responderá como autor; en tanto que, la persona que contribuya a la configuración del mismo responderá como partícipe (Robles, 2003).

Ahora bien, sobre el fundamento de la responsabilidad por omisión en los casos que concurra otro comportamiento, la doctrina ha elaborado dos enfoques con premisas metodológicas opuestas; así, se cuenta con un enfoque finalista de la teoría del delito anclado en el concepto de dominio social típico y, del otro lado, un enfoque que responde a un criterio normativo del delito en el que es posible diferenciar entre un primer nivel de orden cualitativo (configuración del injusto) y un segundo nivel de orden cuantitativo (determinación de autoría y participación).

Precisamente, desde el enfoque finalista de la teoría del delito, Rueda (2013) propone que, al momento de determinar la diferencia entre la cooperación por omisión, autoría en comisión por omisión y omisión pura de deber, se tenga en cuenta como premisas, el dominio finalista del hecho y el identico contenido entre el injusto mediante acción y omisión. Con todo, debe advertirse que la adopción de un enfoque finalista de la teoría del delito no implica descartar criterios normativos.

Respecto a la primera premisa, la autora señala que en los delitos de comisión por omisión solo será considerado como autor quien ostente el dominio social típico de lo injusto; criterio por el cual resulta posible establecer el juicio de identidad entre la acción y la omisión en el aspecto normativo a partir del dominio finalista del hecho como estructura lógico-objetiva de la que se deduce (Rueda, 2013).

En relación a la segunda premisa, la autora precisa que la existencia de un delito de comisión por omisión no depende de la posición de garante, sea formal o material, ya que no explica cuando surge el concreto deber del sujeto de actuar para evitar la lesión de un bien jurídico; por lo tanto, la diferencia entre cooperación omisiva y autoría en comisión por omisión se encuentra en las características de la omisión que permiten verificar que posee idéntico contenido que la acción de cooperación correspondiente (Rueda, 2013).

Frente a tal enfoque, una corriente propone recurrir a criterios normativos para el análisis de la intervención mediante omisión en que resulta posible identificar el momento de la configuración del injusto y la determinación del título de imputación a los intervinientes como autor o partícipe.

En esa línea de argumentación, Robles (2007) diferencia entre la fundamentación del injusto de la intervención por omisión en el hecho y la decisión de su forma de castigo a título de autor o partícipe; así, respecto al primero, precisa que en el comportamiento omisivo típico adquiere el sentido inequívoco de formar parte de la conducta comisiva posterior de terceros decididos a cometer delitos; por lo que, para poder afirmar una intervención por omisión será necesario que el propio ámbito de organización se configure de tal modo que terceros autores responsables lo conecten con la comisión de un delito de forma comisiva.

Sobre la decisión de su forma de castigo, el autor señala que la calificación de una conducta omisiva como de autoría o participación dependerá de su valor para el conjunto del hecho; así, si la conducta del tercero que convierte en típicamente prohibida la conducta del omitente tiene una limitada capacidad de configuración del hecho nos encontramos frente a un supuesto de autoría por omisión; en cambio, si la conducta del omitente tiene una capacidad limitada de configuración del hecho estaremos ante un supuesto de participación por omisión (Robles, 2007).

Llegado a este punto, cabe señalar que la postura que se adopta en el presente trabajo es la del análisis normativo que distingue entre un primer nivel de orden cualitativo (configuración del injusto único) y un segundo nivel de orden cuantitativo (determinación del título de imputación); toda vez que, presenta ventajas metodológicas y dogmáticas frente a la teoría de participación en el delito de tinte finalista que se encuentra anclada en conceptos ontológicos.

1.3 Definición de términos básicos

- Intervención delictiva: sistema en el que se analiza los comportamientos de varias personas que concurren en el que hacer delictivo; siendo que, en primer lugar, se analiza cualitativamente la constitución del injusto único de participación y luego, se analiza cuantitativamente la relevancia de la cantidad de intervención de cada uno de los intervinientes.
- Intervención mediante omisión: sistema de intervención delictiva en el que concurren, por un lado, comportamiento omisivo del garante y, por el otro, un comportamiento comisivo de un tercero que da inicio a la ejecución de un delito. A este supuesto también es de aplicación los dos niveles de imputación del marco general de la intervención delictiva.

- Comportamiento omisivo típico: juicio de desvalor que se formula por la no evitación de la lesión a un bien jurídico en un contexto social específico determinado por el tipo penal.
- Delitos propios de omisión: modalidad específica del comportamiento omisivo típico, cuyo fundamento del injusto reside en la infracción de un deber general de actuar.
- Comisión por omisión: modalidad específica del comportamiento omisivo típico que se equipara normativamente con la realización del injusto para los delitos de comisión; por lo tanto, también en su fundamento y criterio de imputación.
- Posición de garante: situación por la que una persona asume de manera voluntaria el deber de evitar que de una fuente de peligro no se deriven determinados riesgos que puedan lesionar a ciertos bienes jurídicos.
- Injerencia: conducta precedente especialmente peligrosa por la cual el garante se compromete a revocar el riesgo penalmente prohibido creado antes que termine por afectar los ámbitos de organización de terceras personas.

CAPÍTULO II METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 Tipo de investigación

Este estudio sigue enfoque metodológico cualitativo de tipo básico y diseño descriptivo no experimental (teórico); en tanto, se analizaron las teorías que se han desarrollado para dar respuesta al fundamento de atribución de responsabilidad penal del administrador por los hechos cometidos por sus subordinados sin recurrir a algún procedimiento experimental para ello. En el presente trabajo no se incluyeron variables.

2.2 Nivel de investigación

- Nivel exploratorio: El primer acercamiento al problema objeto de investigación se hizo a través de la doctrina y jurisprudencia extranjera, debido al escaso desarrollo en la doctrina nacional.
- Nivel descriptivo: Se describió y analizó los componentes principales que componen la problemática objeto de estudio.
- Nivel explicativo: Se buscó la causa del problema a través del estudio de la intervención mediante omisión en competencia por organización.
- Nivel correlacional: Se estableció el grado de relación entre concepto como intervención delictiva y comportamiento omisivo, entre otros.

2.3 Método de investigación

El método de investigación empleado fue el deductivo; toda vez que, partiendo de las reglas generales de imputación en los ámbitos del Derecho penal, se elaboraron reglas de imputación específicas aplicable para los casos de delitos en competencia de organización cometidos desde la empresa, específicamente, para fundamentar la responsabilidad penal del administrador por la infracción de sus deberes de control y vigilancia sobre sus subordinados.

2.4 Diseño de investigación

- Diseño no experimental: Al tratarse de un trabajo de investigación teórico no se manipularon variables.
- Diseño prospectivo: A partir de la elaboración de reglas generales de imputación se realizan proyecciones que permitan dar solución a los casos de intervención mediante omisión en competencia por organización.

2.5 Técnicas para la recolección de datos

La técnica de recolección de datos fue el del análisis de documentos; específicamente, documentos normativos (normas jurídico-penales) que regulan la intervención en el delito, el delito de comisión por omisión e inicio en la ejecución del delito. Las tres actividades en el proceso de recolección de datos fueron:

- a) De entre los posibles instrumentos de recolección de datos, se seleccionaron documentos normativos válidos y confiables.
- b) Del análisis de los documentos normativos recolectados se obtuvieron reglas generales de imputación útiles para el interés del estudio.
- c) Las reglas generales de imputación obtenidas fueron debidamente registradas y ordenadas.

2.6 Aspectos éticos

El presente trabajo es original y respeta la propiedad intelectual (derechos de autor), ya que se registran las fuentes bibliográficas consultadas, conforme a la normatividad sobre investigación (Normas APA 6ta edición y la Guía para la elaboración de citas y referencias y de consejos útiles para elaborar y estructurar textos científicos elaborado por el Instituto de Investigación de la Facultad).

CAPÍTULO III PRINCIPIOS ORGANIZATIVOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

3.1 Introducción

El creciente interés por parte de la doctrina y la jurisprudencial penal sobre temas vinculados con la actividad empresarial se debe a dos razones, uno de orden económico y el otro de orden jurídico.

La primera razón de orden económico reposa en la premisa de que, en las sociedades modernas caracterizadas por su alta complejidad, las organizaciones empresariales ostentan una situación preponderante en las operaciones y transacciones económicas, en detrimento del comerciante individual que es relegado a un segundo plano (García, 2008). Por lo tanto, en las modernas sociedades, donde el tema económico adquiere de una gran relevancia, no resulta extraño que el agente económico de mayor trascendencia sea empresa.

La segunda razón de orden jurídico responde a que en los casos de criminalidad a través de la organización empresarial no resulta difícil establecer una relación de causa-efecto entre la organización empresarial (referida al proceso de producción, distribución y consumo de bienes y prestación de servicios) con la producción de resultados lesivos para intereses que gozan de protección por parte del Derecho

penal; tales como, la salud pública, el orden económico, y fundamentalmente el medio ambiente (Meini, 2003). En este caso resulta imperioso que el Derecho penal se encuentre en la capacidad de dar respuesta a la criminalidad empresarial.

Sobre la base las razones de orden económico y jurídico expuestos, se advierte que los casos de criminalidad a través de la organización empresarial que actualmente ocupan el interés de los tribunales y los estudiosos en la materia no recae sobre las empresas pequeñas (negocios familiares), las cuales se caracterizan por la adopción de una forma de organización simple en donde las facultades de dirección y gestión se centralizan en la figura del empresario-director que domina la empresa e imparte instrucciones a sus subordinados, quienes disponen de márgenes de libertad muy limitados y solo cumplen las instrucciones que les son impartidas (Montaner, 2008).

En ese sentido, si bien podría señalarse que para el caso de los denominados pequeños negocios familiares los criterios de imputación de la clásica teoría del delito resultan suficientes para la atribución de responsabilidad penal al administrador; cabe cuestionarse sobre la conveniencia de mantener dos esquemas de imputación distintos, según la complejidad de la organización de la empresa donde tuvo lugar la defraudación de la norma.

Sobre la base de lo expuesto hasta el momento cabe afirmar que el creciente interés de la doctrina y la jurisprudencia por los casos de criminalidad a través de la organización empresarial, tienen como punto de partida la figura de las modernas empresas que se caracterizan por presentar una intensa división en el plano horizontal y vertical (estructura compleja); así como un modelo de gestión descentralizada a partir de la división de funciones y tareas (Feijóo, 2009).

En efecto, a partir de las referidas características de las modernas empresas, no resulta difícil advertir que las dificultades de la clásica teoría del delito para afrontar tales casos se debe a que las estructuras empresariales complejas adoptan; de un lado, una forma de organización divisional donde la empresa se configura en unidades autónomas con la presencia de una unidad de dirección que mantiene competencia sobre cuestiones estratégicas de la empresa y, del otro lado, un modelo de gestión descentralizado donde el poder de decisión se encuentra repartido entre los miembros de distintas instancias de la empresa a través de las delegaciones de competencias (Montaner, 2008).

Con todo, el ámbito fáctico que delimita el objeto de estudio del presente trabajo es el de las empresas (o sociedades anónimas, en los términos que hace la legislación sobre la materia) que ostentan una modelo de organización complejo y un modelo de gestión descentralizado.

3.2 Principio de competencia

El punto de partida para cualquier consideración acerca de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa recae en la noción de competencia que se configura a partir de los principios de jerarquía y división de trabajo; en tanto, la complejidad de la estructura de la organización y la intervención de varias personas bajo una finalidad en común no implica bajo ninguna circunstancia la relajación del principio político-criminal de autoresponsabilidad (Robles, 2018).

Dicho con otras palabras, el hecho que la actividad delictiva tenga lugar a través del desarrollo de una actividad colectiva dentro de la compleja organización de una empresa; no es óbice para que a cada una de las personas que intervienen en ella se le reconozca un ámbito de organización propio y, en consecuencia, se hagan

responsables de las consecuencias que se deriven de la mala administración de tal esfera de libertad y que puedan terminar por afectar a los ámbitos de organización de terceras personas que no forman parte de la estructura de la empresa (Montaner, 2008).

Lo expuesto tiene repercusión tanto en el plano horizontal cuanto vertical de la estructura de la empresa debido a que cada una de las personas que interviene en la actividad empresarial asume una determinada competencia funcional dentro de la organización y realiza una serie de aportaciones que terminan por complementar las aportaciones de los demás sujetos que actúan bajo un plan en común; por lo tanto, desde un plano vertical la estructura de la organización empresarial demanda el respeto del principio de jerarquía por el cual cada miembro de la organización se encuentra sometido a una común dirección y desde un plano horizontal, demanda el respeto del principio de división de trabajo por el que cada miembro goza de un ámbito de libertad sin necesidad de inmiscuirse en el de otro (Meini, 2003).

En mérito a ello, cabe afirmar que la importancia del principio de competencia, como punto de partida de los principios que configuran la actividad empresarial, recae en la exigencia de que cada persona responda únicamente por la infracción de su rol.

3.2.1 Principio de jerarquía en la actividad empresarial

Las organizaciones empresariales se configuran a partir de una estructura jerárquicamente organizada en la que intervienen un conjunto de personas con ámbitos de competencia heterogéneos que se encuentran vinculados a la consecución de un objetivo en común y articulados sobre la base de una estructura organizada; es decir, se encuentran estructurados a partir del principio de jerarquía (Montaner, 2008).

Así las cosas, el aludido principio adquiere dos dimensiones en el marco de una organización empresarial; por un lado, desde un enfoque estructural es posible distinguir dentro de la empresa niveles jerárquicos según la estructura y modelo de gestión que se adopte y, del otro lado, desde una perspectiva operativa, la jerarquía opera como criterio delimitativo de las competencias de los sujetos intervinientes en la estructura empresarial; es decir, cada persona asume una parte de la organización de la empresa y debe velar que de ella no se deriven *outputs* lesivos para terceras personas (Montaner, 2008).

De manera específica, la dimensión operativa del principio de jerarquía cobra especial relevancia al momento de determinar la responsabilidad penal por delitos cometidos desde la empresa; en tanto, en las modernas empresas de complejas estructura se presenta el fenómeno de la escisión entre los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva (subordinados) y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal que han trazado el plan delictivo; por ejemplo, los superiores jerárquicos, directivos, gerentes o administradores de la empresa y demás encargados de la gestión de la empresa (Martínez-Bujan, 2007).

En esa línea de argumentación, la doctrina ha destacado que la inserción del principio de jerarquía en la actividad empresarial tiene como consecuencias para la determinación de responsabilidad penal por los delitos cometidos desde la empresa, la elaboración de dos modelos de imputación con puntos de partida opuestos; por un lado, se cuenta con el modelo que limita la competencia de los subordinados y, por el otro, el modelo que amplía la competencia (y responsabilidad) de los administradores y demás personas que estén encargadas de la gestión de la empresa, tales como los miembros del directorio y el administrador (Robles, 2018).

a) Modelo *bottom up*: Limitada competencia de los subordinados

Como se mencionó anteriormente, uno de los efectos que se derivan del principio de jerarquía es la relación de subordinación y vinculación de los inferiores jerárquicos a las órdenes que imparten los superiores; situación que ha meritado que la doctrina se plantee la interrogante de si resulta dogmáticamente válido y político-criminalmente satisfactorio afirmar la atribución de responsabilidad penal a los subordinados por los delitos cometidos desde la empresa, a pesar que estos ostentan un limitado alcance de sus competencias (Montaner, 2008).

La respuesta de la doctrina a la referida interrogante es la negar la relevancia penal del comportamiento del subordinado en la realización del delito cometido desde la empresa, a pesar que es él quien ejecuta materialmente la conducta; toda vez que quienes realmente determinan la configuración del delito, debido al amplio ámbito de competencias que poseen, son los superiores jerárquicos (Feijóo, 2007a).

En tal sentido, queda claro que el carácter jerárquico de la organización de las empresas no implica necesariamente que la conducta del subordinado que ejecuta la conducta tenga relevancia penal, sino que más importante será el papel que desempeñan los que están cúspide la empresa (Poder Judicial, STS 1828/2005).

Llegado a este punto, cabe hacer la precisión que el decaimiento de responsabilidad penal de los subordinados no se debe a una falta de imputación subjetiva (ausencia de conocimiento del carácter antijurídico de la orden impartida por el superior), sino que, desde un punto de vista objetivo, se debe a la falta de relevancia penal de la conducta por encontrarse conforme al rol que desempeña en una particular contexto dentro de la empresa; es decir, por tratarse de una conducta neutra al que le afecta la prohibición de regreso (Robles, 2018).

Precisamente, el fundamento dogmático para negar la relevancia penal de las conductas neutras en el contexto de intervención de varias personas se encuentra en el instituto dogmático de la prohibición de regreso; en virtud del cual, ante la concurrencia sucesiva de prestaciones necesarias para cometer un delito por parte de varias personas, sólo responden aquellos cuyo comportamiento tiene el sentido de abandonar su rol de ciudadano (Jakobs, 2001).

Sin perjuicio de lo señalado, respecto a la falta de relevancia penal del comportamiento del subordinado por tratarse de una conducta neutra, se puede inferir válidamente que en aquellos casos en los que el subordinado infrinja su rol, su comportamiento dejará de ser inocuo para el Derecho penal y adquirirá el sentido comunicativo de formar parte del delito; girando la discusión en torno al título de imputación que le corresponde. Esta cuestión será abordada con posterioridad.

b) Modelo *top down*: Amplitud de competencia de los superiores

El punto de partida en el modelo de imputación cambia radicalmente cuando se analiza la forma en que opera el principio de jerarquía en los niveles superiores de la organización empresarial; toda vez que, se parte de la premisa de que el superior jerárquico ostenta un ámbito de organización de mayor alcance que termina por configurar en mayor medida el delito cometido (Feijóo, 2007a).

Lo expuesto, sin embargo, no debe llevarnos a establecer erróneamente una relación proporcional entre jerarquía y responsabilidad penal; en tanto que, en las modernas organizaciones empresariales los máximos dirigentes de la empresa como los accionistas y los miembros del directorio solo deciden sobre políticas generales de la empresa, a diferencia de los mandos medios que tienen a su cargo la gestión del ente colectivo, tal como el administrador (Feijóo, 2007a).

Ahora bien, frente a la deficiencia dogmática e inconveniencia político-criminal que supone la adopción del modelo de imputación *bottom up* que centra su atención en la conducta del subordinado; la doctrina viene realizando esfuerzos para fundamentar la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por los delitos cometidos desde la empresa a partir de propuestas de solución de autoría mediata, de participación y de responsabilidad por vía omisiva (Demetrio, 2009).

En primer lugar, sobre la propuesta de solución de autoría mediata, Gómez-Jara (2016) señala que la posibilidad de extrapolar los criterios de imputación de la teoría del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder al ámbito empresarial se encuentra con la dificultad de verificar la concurrencia de los requisitos de desvinculación del ordenamiento jurídico, fungibilidad de los ejecutores y alta disponibilidad al hecho.

En efecto, sobre la concurrencia del primer requisito, Roxin (2006) se ha encargado de descartar la posibilidad de considerar a las empresas como organizaciones criminales; en tanto, no son creadas o constituidas con la finalidad de cometer delitos, sino de llevar a cabo una actividad lícita de carácter económico; por lo tanto, como regla general, las empresas no trabajan desvinculadas del Derecho.

Luego, en relación a la concurrencia del segundo requisito, el autor precisa que la dificultad de aplicar el criterio de fungibilidad de los ejecutores a las organizaciones empresariales radica en que aquellas tienen como una de sus principales características, derivadas del principio de división del trabajo, la especialización de las funciones que desarrollan sus trabajadores; por lo que, el intercambio del subordinado no sería una tarea de fácil realización, aun cuando el superior cuente con un ámbito de poder sobre la jerarquía de la empresa (Roxin, 2006).

Finalmente, sobre la concurrencia del requisito de alta disponibilidad del hecho por parte del ejecutor, el autor señala que, a diferencia de las organizaciones criminales, en las estructuras empresariales los subordinados ingresan a la organización con la finalidad de realizar una actividad lícita y no a cometer delitos; por lo que, no se puede señalar que tengan una alta disponibilidad a cometer delitos, por más que se trate de ordenes impartidas por su superior (Roxin, 2006).

Ante la imposibilidad de declarar como autores mediatos a los superiores jerárquicos de la empresa, Roxin (2006) propone que el fundamento de la autoría mediata de los directivos resida en la infracción del deber positivo de salvaguardar la legalidad de la actividad de la empresa.

En segundo lugar, la propuesta de solución de calificar como responsabilidad accesoria la intervención del directivo, frente a la del subordinado que es calificado como autor director por haber ejecutado el hecho, no ha tenido mayor repercusión en la doctrina y jurisprudencia; toda vez que, no parece lógico sostener que el dominio positivo del hecho que tiene el subordinado sea de mayor relevancia que el dominio esencial del acontecer típico que posee el superior (Demetrio, 2009).

Con otras palabras, por más que el subordinado tenga un dominio fáctico sobre la ejecución del hecho ello no implica que su comportamiento sea el determinante para la configuración del delito, a diferencia de los superiores jerárquicos que tienen el dominio esencial del acontecer típico debido a los amplios ámbitos de organización que ostentan dentro de la organización de la empresa. En mérito a ello, desde ya cabe también señalar la inconveniencia de adoptar criterios ontológicos para la determinación de la autoría y participación en el delito, tal como propone la teoría del dominio del hecho.

Finalmente, la propuesta de solución de responsabilidad por vía omisiva es considerada por la doctrina como la más apta para fundamentar la responsabilidad penal del superior por los delitos cometidos desde la empresa; ello debido a dos razones principales, la primera, porque abarca los casos en los que la resolución de cometer un delito a través de la organización de la empresa proviene del subordinado y no del superior jerárquico y, la segunda, porque en los casos en los que no pueda acreditarse ni la ejecución activa del superior ni la incidencia activa que requieren las formas de participación activa, sí resulta posible acreditar que el hecho delictivo realizado por el subordinado tuvo lugar en el ámbito de competencia del superior jerárquico, quien no evitó el resultado (Silva, 2016).

En efecto, la gran utilidad de la solución de responsabilidad por vía omisiva radica que en aquellos casos en los que no pueda constatarse la participación activa del socio-administrador de la empresa, sí es posible establecer su posición de garante; por lo que, al no haber evitado el resultado también responde penalmente por el delito cometido desde la empresa (Poder Judicial, STS 3654/1992). Esta última propuesta de solución es la que se adopta en el presente trabajo y la que será objeto de mayor desarrollo en los siguientes capítulos.

3.2.2 Principio de división de trabajo en la actividad empresarial

El principio de división de trabajo no solo tiene incidencia en la configuración de la estructura de la empresa, sino que también resulta aplicable a dos ámbitos concretos dentro de la actividad empresarial; así, en el plano horizontal, opera como técnica organizativa para el desarrollo de las actividades de la empresa en el que intervienen esferas de competencias interconectadas entre sí en un plano de igualdad (delimitación de competencias); en tanto que, en el plano vertical, se identifica con la delegación de funciones o competencias (Montaner, 2008).

En efecto, en el plano horizontal, el principio de competencia como técnica organizativa para el desarrollo de las actividades de la empresa conduce a amplios espacios de neutralidad; toda vez que, entre las personas que interactúan en un plano de igualdad no existe un deber de vigilancia derivada de una posición de garante; por ejemplo, el encargado del departamento de contabilidad no tiene ningún deber de evitar los delitos que le corresponde evitar al encargado del departamento de medio ambiente o marketing y, viceversa (Robles, 2018).

En este nivel de igualdad entre las personas que forman parte de la organización de la empresa, tiene lugar el análisis del principio de confianza que tiene como fundamento el principio de autoresponsabilidad y que sirve; por un lado, para delimitar negativamente la posición de garante a través del criterio de control del riesgo y, del otro, para delimitar el deber de cuidado mediante el análisis del control o evitación de ese riesgo (Maraver, 2012).

Con todo, cabe señalar que el principio de confianza, como técnica organizativa, tiene dos importantes consecuencias; por un lado, prioriza la especialización del trabajo en la empresa, obteniendo como resultado una mayor efectividad y calidad, y del otro, dinamiza el desarrollo de la actividad económica; en tanto, la persona únicamente se avoca al trabajo del cual es especialista, sin necesidad de tener que ejercer mecanismos de control sobre las demás personas que se encuentran en un mismo plano de igualdad (Caro y Reyna, 2019)

Ahora bien, en lo que sigue se procederá a desarrollar las particularidades y relevancia que presenta el estudio de la aplicación del principio de división de trabajo en el plano vertical, el mismo que tiene lugar a través del mecanismo de la delegación de competencias.

3.3 Principio de desconfianza: delegación de competencias

La delegación de competencias no solo tiene efectos para la organización y funcionamiento de los órganos de la empresa, a través de la división de trabajo en el plano horizontal, sino que deviene en un instrumento útil y preciso para la delimitación de competencias como paso previo para la determinación de responsabilidad penal de los miembros de la empresa. En efecto, a través de ello se determina cuáles son los riesgos por los que resulta competente cada miembro de la empresa ya que por más que se reconozca que los superiores jerárquicos tienen amplias competencias resulta difícil aceptar que son competentes por todos los riesgos que se deriven del desarrollo de la actividad económica de la empresa.

3.3.1 Concepto restrictivo de delegación

Desde un punto de vista formal, la delegación de competencias se entiende como una técnica de gran utilidad para multiplicar la funcionalidad de la empresa a través de la delimitación de los ámbitos de competencia; sin embargo, la atribución de responsabilidad penal requiere de un criterio material que permita fundamentar el injusto de los delitos que se cometen a través de la organización de la empresa (Montaner, 2008).

En ese sentido, Lascurraín (2008) señala que si se desea diversificar y multiplicar la funcionalidad de la actividad empresarial, su titular debe otorgar facultades a otros miembros de la empresa sobre su esfera de organización; por ejemplo, tomando en consideración la estructura y tipo de gestión de la empresa, los socios delegarán en el consejo directivo determinadas funciones; a su vez estos últimos delegarán la gestión de la empresa en el administrador, y este último, delegará a los subordinados cumplan con las decisiones adoptadas en las instancias superiores de la empresa.

Frente a esa forma amplia de entender la delegación de competencias, como si se tratara de una cadena de delegaciones, desde su particular punto de vista, Montaner (2008) sostiene que el concepto material de delegación de competencias debe ser entendido como una técnica que transforma la esfera de responsabilidad individual del delegante en favor de la esfera del delegado a través del traspaso de determinadas competencias y responsabilidades; tal concepción tiene como consecuencia la necesaria diferenciación de dos supuestos; de un lado, la delegación de competencias y, del otro, la asignación de ámbitos de competencia por el cual el empresario otorga a determinados sujetos puestos previamente programados dentro de la estructura de la empresa, dando inicio al funcionamiento de la actividad empresarial.

Este razonamiento resulta particularmente interesante, ya que lleva a plantearnos la interrogante de si el concepto de delegación de competencias es tan amplio como se piensa; es decir, si realmente existe lo que se denomina como delegación en cadena. Al respecto, cabe señalar que, sobre la base de la distinción expuesta, la delegación de competencias tiene un ámbito de aplicación reducido dentro del funcionamiento de la empresa en comparación a la asignación de competencias.

En efecto, si la delegación de competencias es entendida como un mecanismo por el cual se transforma el ámbito de competencia del delegante y se crea uno nuevo en favor del delegado; se advierte que tal situación en el ámbito de la actividad empresarial ocurre con menor frecuencia que la asignación de competencias, cuyo origen no radica en el traspaso de competencias, sino en la decisión del empresario de crear determinados puestos, según el modelo de organización que mejor se ajuste a sus pretensiones (Montaner, 2008).

Así las cosas, no resulta correcto señalar que la relación entre los superiores jerárquicos y los subordinados se basa solo en la delegación de competencias, ya que ello implicaría entender que los primeros resultan competentes por todos los riesgos que se deriven de la actividad empresarial.

En ese orden de ideas, lo correcto es señalar que, según el tipo de organización y gestión de la empresa, en algunos casos luego de la asignación de ámbitos de competencia tiene lugar la transformación de tales ámbitos a través de la figura de delegación de competencias; por lo tanto, la llamada delegación en cadena responde, en realidad, al caso de asignación de competencias (Montaner, 2008).

3.3.2 Objeto de delegación

Sobre la base de lo expuesto en anterior acápite, se tiene que la idea que subyace tras tal diferencia entre la delegación de competencias y la asignación de ámbitos de competencia es que sólo se puede delegar aquello (facultades) de lo que se es competente (objeto de delegación); por lo que, el hecho que el empresario resulte competente de la gestión general de la empresa no implica que también lo sea del área de producción, ya que si bien el titular de la empresa es competente sobre la asignación de ámbitos de competencia, no lo es sobre la materia del ámbito asignado (Montaner, 2008).

En ese sentido, partiendo de la premisa que solo puede constituir objeto de delegación aquellas facultades que forman parte del ámbito de organización de las personas, según la posición que ocupen dentro de la estructura de la empresa; resulta válido formularnos la pregunta de cuáles son aquellas facultades que pueden ser objeto de delegación y cuáles otras no; es decir, cuáles pueden ser transferidas en favor de otra persona a través de la delegación de competencias.

Una primera respuesta es que no son objeto de delegación aquellas facultades propias del cargo, esto es, aquellas funciones que debido a que son inherentes a una determinada función, según la ley de la materia, no admiten traslado parcial o transformación a través del instituto de la delegación de competencias; así, como ejemplo de ello se puede señalar que el órgano de dirección de la empresa no puede delegar en otro ente, como la gerencia, su función de determinación de la política general de la empresa (Montaner, 2008).

En cambio, las funciones que no son inherentes al cargo sí son susceptibles de delegación; por ejemplo, aquellas tareas que no revistan de mayor complejidad o que no requieran de la toma de decisiones que puedan comprometer el normal funcionamiento de determinado sector de la empresa; igualmente, constituyen objeto de delegación los deberes de control y vigilancia sobre una determinada fuente de peligro a otro órgano de la empresa, o incluso a uno externo a través de la implementación de programas de cumplimiento (Montaner, 2008).

3.3.3 Efectos de la delegación

Conforme se tuvo la oportunidad de mencionar anteriormente, las consecuencias de la delegación de competencias que adquieren de especial relevancia para la determinación de la responsabilidad penal de los miembros de la estructura empresarial son dos; el primero de ellos, el descargo que sufre el ámbito de competencia del delegante, quien a pesar de ello no se deslinda de todo tipo de responsabilidad, sino que mantiene deberes residuales de control y vigilancia sobre el subordinado y, el segundo de ellos, la creación de un nuevo ámbito de competencia en favor del delegado, quien asume una competencia preferente sobre las facultades que originalmente formaban parte del ámbito de competencia del delegante antes de su traspaso (Montaner, 2008).

En efecto, la delegación de competencias no implica que el delegante se libere de toda responsabilidad por el ámbito de competencia que originalmente ostentaba, sino que aún mantiene un vínculo con aquella, pero a través de los deberes residuales de control y vigilancia; toda vez que, ya existe una persona, el delegado, que resulta competente por los riesgos que se puedan derivar del ejercicio de facultades y competencias que originalmente pertenecían al delegante. Entre el delegante y delegado existe un vínculo normativo (Montaner, 2008).

Respecto al vínculo entre el delegante y el delegado, que surge a partir de la delegación de competencias, Robles (2018) señala que el principio de desconfianza que subyace a los deberes residuales de control y vigilancia tiene carácter gradual y que su determinación depende de si la posición de supremacía lo asume el delegante o el delegado. A partir de ello el autor señala tres supuestos en los que interactúa el principio de confianza.

En primer lugar, si el delegante conserva una posición de supremacía sobre el delegado, ya sea porque posee una mayor capacidad técnica o información, ostentará deberes directivos de supervisión sobre la actividad del subordinado; por lo que, en caso de incumplimiento se le atribuirá responsabilidad penal en comisión por omisión a título de autor (Robles, 2018).

En segundo lugar, cuando el delegado ostente amplios márgenes de libertad para desempeñar su nueva posición de garantía, pero su actividad se enmarque en un proceso colectivo más amplio; el delegante ostentará la capacidad para ejercer deberes de vigilancia y control específicos sobre la actividad del primero; por lo que, su incumplimiento configurará en menor medida el injusto global del hecho, dando lugar a una responsabilidad penal a título de participación (Robles, 2018).

Finalmente, en el supuesto que sea el delegado quien posea mayores capacidades y aptitudes para desempeñar correctamente la actividad que el delegante, el principio rector para este último no puede ser el de vigilancia o control, sino el de la remisión a la competencia del delegado-especialista en el correcto desempeño de sus funciones (Robles, 2018).

Con todo, a pesar de la interesante propuesta del autor, no resulta conveniente establecer la posición de supremacía como criterio gradual del principio de desconfianza que subyace a los deberes residuales de control y vigilancia; en tanto que, las características personales del delegante y el delegado solo tendrán relevancia en aquellos casos en los que materialmente no se haya producido una efectiva transformación de competencias, es decir, en caso haya tenido lugar una delegación defectuosa.

En ese sentido, en el siguiente apartado se procederá a desarrollar las clases de delegación de competencias reconocidas por la doctrina y las consecuencias penales de su infracción.

3.3.4 Clases de delegación

a) Delegación de competencias y encargo en la ejecución de una función

La diferencia entre la delegación de competencias y la delegación en la ejecución de una función estriba en que en el primer supuesto, a partir del traspaso de un determinado ámbito de competencia a través de la delegación, el delegante cede en favor del delegado el dominio sobre un determinado ámbito de competencia; en cambio, en el segundo supuesto, el superior encarga a uno de sus subordinados la ejecución de una determinada tarea que no produce transformación alguna en los ámbitos de competencia del mandante ni del encargado (Montaner, 2008).

En merito a ello, estando a que en el segundo supuesto el superior mantiene la competencia principal sobre el ámbito de organización, a pesar de la intervención del subordinado en la ejecución de una función, cabe afirmar que en aquellos casos en los que no se produzca una transformación de las esferas de responsabilidad no nos encontramos propiamente ante una delegación de competencias, sino ante el encargo en la ejecución de una función en la que interviene un mandante que ordena una tarea y un encargado que lo ejecuta (Montaner, 2008).

Ahora bien, siendo que en el caso de la delegación de competencias el delegante mantiene únicamente deberes residuales de control y vigilancia; resulta válido sostener que la infracción de dichos deberes, dará lugar a una responsabilidad a título de partícipe, debido al menor aporte a la configuración del delito; a diferencia del delegado que responderá como autor (Montaner, 2008).

En cambio, en el caso del encargo en la ejecución de una función, debido a que el mandante mantiene deberes primarios de control y vigilancia sobre los riesgos que forman parte de su ámbito de competencia, la infracción de tales deberes dará lugar a una responsabilidad a título de autor, en tanto su comportamiento determina la configuración del delito (Montaner, 2008).

b) Delegación válida y delegación defectuosa

Para que la delegación de competencias sea válida y eficaz, la doctrina considera que debe constatarse la concurrencia de ciertos requisitos; primero, que la delegación se realice en favor de una persona idónea para el cargo; segundo, que el delegado cuente con un dominio material sobre el ámbito de organización creado a su favor a partir de la delegación de competencias y tercero, que la delegación haya sido concedida formalmente por escrito (Montaner, 2008).

Si bien no puede dejar de señalarse la importancia que tiene la concurrencia de los requisitos de validez para que la delegación de competencias resulte eficaz, sí resulta necesario precisar que pueden darse casos en los que a pesar que falte alguno de los referidos requisitos, la delegación igualmente siga desplegando cierta eficacia. En efecto, para que la delegación de competencias produzca la transformación del ámbito de competencia del delegante y la creación de un nuevo ámbito de organización en favor el delegado, basta con el cumplimiento de dos de los requisitos de validez anunciados, la delegación en persona idónea y la autonomía del delegado (Silva, 2016).

Asimismo, también puede darse el caso que no tenga lugar la transformación de la esfera de organización del delegante; es decir, que nos encontremos ante una delegación defectuosa. En efecto, la falta de idoneidad *ex ante* del delegado bloquea la transformación de la esfera de organización del delegante haciendo que mantenga la responsabilidad de su ámbito de organización; en cambio, cuando el defecto de delegación recae sobre la falta de autonomía del delegado, este último será acreedor de responsabilidad a título de autoría si a pesar de no obtener respuesta de los requerimientos ante del delegante, decide continuar con su actividad pese al peligro que ello implica (Silva, 2016).

En ese orden de ideas, para el Derecho penal lo importante no es que la delegación de competencias cumpla con todos los requisitos de validez, sino que ésta resulte eficaz; es decir, que produzca los efectos de transformación del ámbito de competencia del delegante y la creación de un nuevo ámbito de organización en favor del delegado, para lo cual basta con que la delegación se produzca sobre persona idónea y que el delegado goce la autonomía necesaria para cumplir con las funciones que le han sido delegadas (Silva, 2016).

IV IMPUTACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

4.1 Introducción

No sorprende que la realización de delitos económicos en sentido estricto, que se caracterizan por atentar contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía y los delitos económicos en sentido amplio referidas a las infracciones vulneradoras de bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico tengan lugar en el contexto de la actividad empresarial (Martínez-Bujan, 2012).

En efecto, advertidos del potencial criminógeno de las estructuras empresariales para la comisión de delitos económicos, la doctrina ha centrado sus esfuerzos en elaborar criterios generales de imputación aplicables a la actividad empresarial; tomando como punto de referencia el origen del curso lesivo; esto es, si proviene de la propia estructura de la empresa o un miembro de la empresa.

Al respecto, se cuenta con la propuesta de Schünemann (1988) de diferenciar los cursos lesivos que terminan por lesionar los bienes jurídicos de terceras personas ajenas por medio de la organización de la empresa (criminalidad desde la empresa) de aquellos que se derivan del ámbito de dominio de los propios miembros de la empresa y que lesionan a otros miembros de la empresa o a terceras personas que guardan relación alguna con esta (criminalidad dentro la empresa).

Con todo, si bien no puede negarse que la criminalidad empresarial tiene unos matices especiales que lo alejan de la criminalidad convencional; no parece justificado mantener dos niveles de imputación distintos en un mismo sistema penal. Por lo tanto, debemos plantearnos la exigencia de construir un sistema de penal que se rija por las mismas reglas generales de imputación y que, sobre la base de ellos, se pueda recién hacer algunas especificaciones según el contexto social en el que tiene lugar el quebrantamiento de la norma (Feijóo, 2016).

Tal pretensión de generalidad tiene base la premisa que el Derecho penal económico y de la empresa cumplen la misma función que las demás normas que participan del Derecho penal; esto es, la estabilización de la norma defraudada; siendo que la particularidad de ésta radica únicamente en el concreto ámbito social en el que se defrauda la norma (Feijóo, 2016).

Por lo tanto, la propuesta metodológica de empezar por el desarrollo teórico de los ámbitos de imputación del Derecho penal en general y luego por los ámbitos de imputación para los casos de Derecho penal económico y de la empresa se encuentra más que justificada.

4.2 Los ámbitos de imputación en el Derecho penal

4.2.1 La necesidad de orientación en el mundo social

Debido al aumento de la complejidad de las relaciones interpersonales que tiene lugar en la actual configuración social, surge con urgencia la necesidad que el hombre cuente con estructuras que permitan una orientación segura en el mundo en el que se desenvuelve; haciendo la importante precisión que las estructuras que orientan el mundo social difieren en su fundamento y criterio de las estructuras que orientan el mundo natural (García, 1999).

En efecto, el hombre organiza su vida según el entorno en el que se desarrolle; por lo que, a diferencia de lo que ocurre en el mundo natural, su orientación en el mundo social no se guía por reglas de carácter cognoscitivo, sino por expectativas normativas que resultan imprescindibles para la reducción de los contactos sociales en las sociedades modernas que se caracterizan por su alta complejidad y el empleo de contactos anónimos (Jakobs, 1994).

A modo de ejemplo, en el ámbito rodado, a través de las normas de tránsito que actúan como criterio simplificador de las expectativas normativas, se reduce la complejidad del número de posibles comportamientos que pueden producirse en su seno; con otras palabras, a partir de los contactos sociales cada conductor sabe qué comportamiento esperar del otro (Sánchez-Vera, 2002).

Por lo tanto, al igual que lo que ocurre en su relación con la naturaleza, el hombre solo podrá orientarse en la medida en que pueda encontrar regularidades; siendo que, la orientación en el mundo social a través de los contactos sociales, solo resulta de posible realización si no hay que contar con el comportamiento imprevisible de otra persona a cada momento, ya que ello convertiría a cada contacto social en un riesgo impredecible (Jakobs, 2001).

4.2.2 Las expectativas normativas

Así las cosas, resulta evidente que únicamente las personas podrán desarrollarse en la sociedad si los contactos sociales que tienen lugar dentro de ella cuentan con expectativas generalizadas que posean un consenso social y que, aunque hayan sido defraudadas, se mantengan contrafácticamente; esto es, que a pesar que el delincuente comunica a través de su conducta que la norma defraudada no rige como parámetro de orientación, aquella mantenga su vigencia (García, 1999).

Ante la configuración de la sociedad actual que se caracteriza por la concurrencia de un sin número de procesos complejos, el Derecho penal de orientación funcionalista ofrece como respuesta las expectativas normativas como criterio de reducción de la complejidad que facilite la orientación en sociedad; por ejemplo, que la intervención de los sujetos en el tráfico diario se produzca de tal forma que los ciudadanos puedan esperar que los demás participantes se comporten conforme a aquellas reglas establecidas (Montealegre y Perdomo, 2007).

Ahora bien, las expectativas normativas que orientan el comportamiento del hombre en el ámbito social se pueden clasificar de dos maneras según estén formuladas de manera general o particularizada; en el primer caso, la expectativa normativa va dirigida a cualquier persona que participa en la orientación social; mientras que, en el segundo caso la particularización de la expectativa normativa tiene como fundamento o bien una especialización del mandato general o ciertas instituciones sociales como la expectativa de protección del padre frente al hijo (García, 1999).

La decisión de formular la expectativa normativa de manera general o particularizada dependerá del rol que la persona desempeña al momento que tiene lugar la defraudación de la norma.

4.2.3 El rol como dimensión material de las expectativas

Desde un concepto operativo, la doctrina identifica a los conceptos de persona, roles, programas y valores como principios que se entremezclan entre sí para fijar la dimensión material de las expectativas normativas; siendo que, debido a la complejidad del sistema social, los procesos comunicativos se estructuran sobre la base de los contactos sociales anónimos en los que el rol desempeña un papel fundamental debido a su carácter estable y general (García, 1999).

Sobre la importancia del rol, Jakobs (2003), desde su conocida tesis de que el Derecho penal garantiza la vigencia de la norma y no la protección de bienes jurídicos, postula a la infracción de un rol como punto de referencia primario de la defraudación de las expectativas normativas; toda vez que, la llamada teoría de la imputación objetiva ha mostrado que no existen prohibiciones genéricas de lesión ni mandatos genéricos de salvación, sino que las expectativas normativas van dirigidas a personas que resultan competentes de no lesionar a terceros, tomando en consideración el contexto social en el que interactúan.

En ese orden de ideas, cabe señalar que la dimensión material de las expectativas normativas se concretiza en el concepto de rol que es entendido como el conjunto de expectativas dirigidas al titular que ostenta una determinada posición dentro la sociedad; con otras palabras, el rol fija un estatus jurídico, una posición de deber o, más específicamente, un ámbito de competencia personal conformada por derechos y deberes, de cuya adecuada administración depende el funcionamiento normativo de la sociedad (Caro, 2014).

A partir del rol se derivan ciertas competencias de organización e institucionales, ello nos lleva a diferenciar dos diferentes tipos de rol a saber: el rol general del ciudadano y el rol especial. A partir de dicha clasificación es posible distinguir dos grandes grupos de delitos con fundamento y criterio de imputación distintos.

Respecto al rol general, se tiene que la responsabilidad por organización no distingue si la institución negativa *neminem laedere* se ve defraudada mediante acciones u omisiones, ya que lo relevante para la atribución de responsabilidad penal es la defraudación del deber negativo general de no dañar a otros y no la forma fenotípica en que se llevó a cabo tal defraudación (Piña, 2003).

De otro lado, en el caso del rol especial, la persona establece un vínculo positivo con otras esferas de organización a través de determinadas instituciones o especiales relaciones reconocidas por la sociedad a las que se le otorga una especial protección, por ejemplo, los deberes estatales o la relación paterno filial; siendo que este caso el rol se traduce como un mandato particularizado dirigido a determinado sujetos (Piña, 2003).

De lo señalado hasta el momento, se advierte que el elemento que opera como bisagra entre las personas que interactúan a través de los contactos anónimos y las expectativas normativas que configuran la identidad normativa de la sociedad, es el rol, ya sea que se encuentre dirigido a cualquier persona (rol general del ciudadano) o una determinada persona que se encuentra vinculado positivamente con determinada institución social (rol especial). Tal clasificación resulta especialmente útil para abordar la diferencia de fundamento en los delitos en competencia por organización y en los delitos en competencia institucional.

4.2.4 La función del Derecho penal

La función que cumple el Derecho penal dentro de la sociedad es la de garantizar la identidad normativa de la sociedad a través de un proceso dialectico en el que si el delito supone la negación de la norma en el plano comunicativo; la pena supone la negación del delito; es decir, la negación de la negación (Jakobs, 1996).

Esta forma de entender la normativización de las categorías del delito a partir de la función del Derecho penal, está asentada en la teoría de los sistemas sociales, parte de la premisa de concebir al Derecho como un sistema comunicativo que tiene como función la protección o estabilización de expectativas normativas, las mismas que se encuentran protegidas por sanciones (Feijóo, 2007b).

A dicho planteamiento se le ha objetado que resulta excesivamente formal y que puede ser utilizado para justificar regímenes totalitarios; sin embargo, debe precisarse que el estudio científico del Derecho penal a través de la función que cumple dentro de la sociedad, no significa que no se tome en consideración la legitimidad de las expectativas normativas que conforman la identidad normativa de la sociedad, ya que ello implicaría, elaborar un sistema penal meramente abstracto sin ningún tipo de vinculación con la realidad social (Jakobs, 2008).

a) Los delitos de dominio

La obligación originaria de no lesionar a otros, que subyace a los delitos que se fundamentan por el dominio de la organización, puede ser exteriorizada no solo en forma de prohibiciones, sino también en forma de mandatos; por ejemplo, si una persona lanza un niño al aire, la prohibición reza deja ese movimiento; mientras que el mandato señalará sostenle (Jakobs, 2000).

Así las cosas, la infracción de los mandatos y prohibiciones que exteriorizan el deber negativo general de no dañar a otros tendrá igualdad valor normativo en aquellos casos en los que nos encontremos ante un delito que tiene como fundamento la competencia por organización y como criterio de imputación el dominio del riesgo (Jakobs, 2000).

En efecto, tanto las prohibiciones como los mandatos en los delitos por competencia de organización tienen como común denominador; primero, el fundamento de la libertad del individuo por la cual se le dirige la expectativa que evitará de que de su propia esfera de organización surjan *outputs* lesivos que afecten los ámbitos de organización de terceras personas y, segundo, el dominio del riesgo como criterio de imputación (García, 1999).

Una vez constatada la configuración del injusto, a través del fundamento y criterio de imputación para los casos de delitos en competencia por organización, en un segundo momento, debe agregarse la calificación del comportamiento de cada uno de los intervinientes a título de autoría o participación; así, la calificación a título de autor procederá en aquellos casos en los que se constate una mala administración que se hace el ámbito de competencia que fundamenta el injusto; en cambio, la calificación a título de partícipe procederá cuando el riesgo penalmente desaprobado creado tenga el significado de contribuir al injusto global, sin tener dominio sobre los riesgos típicos (Salazar, 2012).

Sobre esto último, debe precisarse que en atención al concepto de injusto único adoptado en el presente trabajo, tanto el autor como el partícipe resultan competentes por aquellos delitos que se fundamenten en la competencia por organización y que adopten como criterio de imputación al dominio el dominio del riesgo. Siendo que la diferente calificación de ambos como autores o partícipes radica que la infracción del rol del autor configura en mayor medida el injusto, a diferencia de la del cómplice (Salazar, 2012).

Ahora bien, antes de abordar el fundamento y criterio de imputación para los delitos en competencia institucional, resulta necesario hacer la precisión que en los delitos de dominio están típicamente expresados como delitos comunes o delitos especiales. En los delitos comunes el destinatario de la norma es el ciudadano en un contexto social general (rol general del ciudadano); en tanto que, en los delitos especiales, el tipo penal reduce el círculo posibles autores a los sujetos que se encuentran en una situación de mayor proximidad frente al objeto penalmente protegido; es decir, tiene lugar una posición particularizada del rol general del ciudadano y un rol especial (García, 1999).

b) Los delitos de infracción de deber

Junto a la obligación originaria de no lesionar a otros, existen dentro de la sociedad competencias institucionales de la que se derivan deberes positivos, sobre los que se estructura los roles especiales. Así, en los delitos que tienen lugar en competencia institucional, una persona se encuentra vinculada positivamente a través de una determinada institución social con otras esferas de organización; tal como ocurre en la relación paterno-filial y deberes estatales (Jakobs, 2000).

En los delitos en competencia institucional la libertad también desempeña un papel que se encuentra limitado a una causa originaria por el cual una persona asume de manera voluntaria un rol especial que lo vincula con otras esferas de organización a través de una institución social positiva; a diferencia de los delitos en competencia por organización, en los que la libertad se extiende a la configuración del deber negativo general de no lesionar otras esferas de organización (García, 1999).

Ahora bien, resulta conveniente precisar que los delitos de infracción de deber y los delitos especiales son diferentes. En efecto, en los delitos de infracción de deber el fundamento recae en la competencia institucional derivada de una vinculación positiva con otras esferas de organización; mientras que, en los delitos especiales la limitación del círculo de posibles autores responde a un criterio formal impuesto por el legislador y no a un criterio material (Sánchez-Vera, 2002).

En ese orden de ideas, no existe problema alguno para sostener la existencia de delitos en competencia por organización que respondan a la estructura típica de los delitos especiales, debido a que la limitación del círculo de posibles autores impuesta por el legislador no afecta el fundamento y criterio de imputación para esta clase de delitos; también resulta totalmente válido afirmar la existencia de

delitos en competencia institucional que respondan a la estructura típica de los delitos especiales; en tanto, la delimitación del círculo de posibles autores establecida por ley no afecta el fundamento para esta clase de delitos (García, 1999). Así, no resulta correcto, desde el punto de vista dogmático y sistemático, equiparar sin más a los delitos especiales con la infracción del rol especial.

Finalmente, sobre el título de imputación en los delitos en competencia institucional, debe señalarse que en este grupo de delitos no resulta posible la graduación del injusto; toda vez que, el criterio de imputación en ellos no es el dominio de los riesgos típicos, a diferencia de los delitos en competencia por organización, sino la infracción de la institución social positiva que lo vincula con otras esferas de organización, por cuya infracción el obligado especial responderá siempre a título de autor, a diferencia del extraneus, que se vincula al hecho principal a través de las reglas de participación (Sánchez-Vera, 2002).

4.3 Los ámbitos de imputación en el Derecho penal de la empresa

La exposición realizada en el apartado anterior, referida a los fundamentos y criterios de imputación en los delitos de dominio e infracción de deber, será de gran utilidad al momento de desarrollar los ámbitos de imputación en el derecho penal de la empresa; esto es, el ámbito de los delitos cometidos desde la empresa y el ámbito de los delitos cometidos dentro de la empresa, según la propuesta de clasificación desarrollada anteriormente.

Ahora bien, desde ya debe advertirse que la problemática de la intervención por omisión del administrador en hechos comisivos realizados por sus subordinados tiene su ubicación sistemática dentro del ámbito de la criminalidad desde de la empresa; toda vez que, el administrador a partir de la posición de garantía que

asume se obliga a actuar como barrera de contención de determinados riesgos derivados de la actividad empresarial; es decir, debe evitar que desde la organización de empresa se deriven ciertas conductas disfuncionales que afecten los ámbitos de organización de terceros, a diferencia de los delitos cometidos dentro de la empresa, en los que los criterios de imputación toman como punto de partida la propia organización del miembro de la empresa (Silva, 2016).

4.3.1 Criminalidad desde la empresa

En los delitos cometidos desde la empresa se parte de la concepción de la empresa como una unidad que interactúa en el sistema económico y en el que la atribución de responsabilidad penal de los intervinientes se fundamenta por aspectos del ámbito de organización de la empresa y, donde la fundamentación de la responsabilidad penal de los intervinientes reside en aspectos referidos a su propia organización; específicamente, a los ámbitos de organización por los que resultan competentes al interior de la empresa (García, 2019b).

El hecho que en los delitos cometidos desde la empresa se tome como punto de referencia la organización de la empresa no implica que la responsabilidad penal de las personas que intervienen dentro de ella sea simplemente subsidiaria; al contrario, la responsabilidad de aquellos deberá ser fundamentada sobre la base de criterios generales del Derecho penal, empezando por el principio de autoresponsabilidad (García, 2019b).

En lo que sigue, se procederá a estudiar los delitos cometidos desde la empresa según se trate de delitos por competencia de organización o por competencia institucional; para lo cual se tomará en consideración el fundamento y criterio de imputación aplicables para ambos grupos de delitos.

a) Delitos de dominio cometidos desde la empresa

Respecto a su fundamento y criterio de imputación, los delitos de dominio cometidos a través de la empresa no se diferencian del marco general elaborado para los delitos en competencia por organización; siendo que para estos casos la particularidad radica en que la infracción del rol tiene lugar en un contexto social específico; en este caso, un contexto económico-empresarial (García, 2019b).

En los delitos de dominio comunes cometidos desde la empresa el destinatario de la norma es en principio la empresa, pero ante la imposibilidad de responder penalmente, cualquiera de las personas que intervienen en la organización de la empresa pueden ser hechas responsables, siempre que tengan dominio sobre el riesgo que se deriva de la estructura de la empresa (García, 2019b).

De otro lado, en los delitos de dominio especiales cometidos desde la empresa no cualquier miembro de la empresa puede ser considerado como autor, sino solo aquellos que se encuentran dentro del círculo de posibles autores establecidos por la norma; siendo que en aquellos casos en los que la empresa reúna el elemento especial de autoría, la imputación penal de sus miembros tendrá lugar a través de la cláusula de actuar en lugar de otro. (García, 2019b).

Conforme ya se señaló oportunamente, el supuesto de intervención mediante omisión en competencia por organización, que subyace a la problemática en torno a la responsabilidad del administrador por la infracción de sus deberes de control y vigilancia sobre su subordinado, se ubica sistemáticamente en el grupo de delitos de dominio cometidos desde la empresa. Por lo tanto, el injusto del administrador comparte el mismo fundamento y criterio de imputación que el desarrollado para los delitos de dominio, con las particularidades que desarrollarán más adelante.

b) Delitos de infracción de deber cometidos desde la empresa

También puede darse el caso que la responsabilidad de los miembros de la empresa tenga su origen en la infracción de un rol especial que se deriva de una competencia institucional; ya sea que el tipo penal esté configurado como un delito común o un delito especial; siendo que en este último supuesto, ante la posibilidad general de sancionar a las personas jurídicas, a través de la cláusula del actuar en lugar del otro o directamente por el tipo penal se traslada la competencia institucional en favor de sus representantes (García, 2014).

En primer lugar, a pesar de su carácter excepcional, el destinatario de la norma en los delitos en competencia institucional puede ser cualquier miembro de la empresa; por ejemplo, la posibilidad de imputar un delito de omisión del deber de socorro en el marco de la actividad empresarial se presenta en el supuesto de responsabilidad penal por productos defectuosos que ponen en grave e inminente peligro la salud de los consumidores (García, 2014).

En segundo lugar, cuando el círculo de posibles autores en los delitos de infracción de deber cometidos desde la empresa se encuentra delimitado por el propio tipo penal, la responsabilidad penal por la defraudación de la norma podrá fundamentarse en la competencia institucional de la propia empresa o en la competencia institucional atribuida directamente a los miembros de la empresa; en el primer supuesto, si bien la empresa es el obligado especial, a través del instituto del actuar en el lugar de otro, el representante asume dicha posición institucional; mientras que, en el segundo supuesto, el tipo penal reduce el círculo de posibles autores señalando de manera expresa quiénes son los miembros de la organización empresarial que responden penalmente por el incumplimiento del deber extrapenal (García, 2014).

4.3.2 Criminalidad dentro de la empresa

En este segundo ámbito de la criminalidad empresarial, la empresa deja de ser vista como una unidad económica en la que confluyen los aportes individuales de cada miembro y pasa a ser vista como el contexto situacional dentro del cual sus propios miembros pueden producir cursos lesivos que puedan terminar por afectar los ámbitos de organización de otros miembros de la empresa o los intereses de la propia organización (García, 2014).

Ahora bien, también resulta válido señalar que dentro del ámbito de la criminalidad de la empresa se puede diferenciar a los delitos que tienen su fundamento en la competencia por organización de los delitos que tienen su fundamento en competencia institucional (García, 2014). Antes de ello, conviene reiterar que la particularidad de este ámbito de imputación, que lo diferencia de la criminalidad desde la empresa, es que los *outputs* lesivos provienen de la esfera de organización de los propios miembros de la empresa y no a partir de la estructura de ésta última.

a) Delitos de dominio cometidos dentro de la empresa

En sentido similar a lo expuesto para el otro ámbito de criminalidad empresarial, en los delitos cometidos dentro de la empresa resulta posible identificar delitos comunes donde el destinatario de la norma son todos los miembros de la empresa o que el círculo de posibles autores se encuentre limitado a determinados miembros de la empresa; como ejemplo del primer supuesto, puede presentarse el caso que el administrador de la empresa ocasione lesiones sobre alguno de sus subordinados; en tanto que, como ejemplo del segundo caso, se cuenta con el delito de fraude en la administración de personas jurídicas en su modalidad de fraude contable (García, 2014).

b) Delitos de infracción de deber cometidos dentro de la empresa

Dentro del ámbito de los delitos cometidos dentro de la empresa también puede encontrarse delitos que tengan como fundamento la competencia institucional y como criterio de imputación la infracción del deber especial; por ejemplo, el delito de fraude en la administración de personas jurídicas en la modalidad de no comunicar la existencia de interés incompatibles con los de la persona jurídica en el que se establece una relación institucional entre el administrador y la empresa que confía en que el primero de ellos cumplirá con su función sin intervención de otro tipo de interés particulares (García, 2014).

V INTERVENCIÓN DEL ADMINISTRADOR MEDIANTE OMISIÓN EN HECHOS COMISIVOS REALIZADOS POR SUS SUBORDINADOS

5.1 La comisión por omisión como marco dogmático de imputación de responsabilidad penal

Habiendo desarrollado en los capítulos anteriores los principios operativos de la actividad empresarial que delimitan y fijan los ámbitos de organización dentro de la estructura de la empresa, así como, el marco general de imputación aplicable a los casos de Derecho penal de la empresa; corresponde ahora analizar la figura de la comisión por omisión como propuesta de solución a la búsqueda de fundamento material de la responsabilidad penal del administrador por los hechos comisivos realizados por sus subordinados.

Así, en el presente apartado se procederá a analizar cada uno de sus elementos y se reflexionará sobre necesidad de mantener su regulación.

5.1.1 Elementos del delito de comisión por omisión

A partir de la regulación sobre la materia en la legislación nacional se advierte que los elementos del delito de comisión por omisión son: a) la posición de garantía y b) la equivalencia normativa. A continuación, ambos requisitos serán desarrollados *in extenso* de manera diferenciada.

a) La posición de garantía

Como primer punto de análisis, cabe formularnos la pregunta de si el deber jurídico de impedir el resultado y la creación de un peligro inminente que fuera propio para producirlo recogidos por el legislador se corresponden con las clásicas fuentes formales de posición de garantía que tiene sus orígenes en el pensamiento de Feuerbach; esto es, la ley, el contrato y la injerencia (García, 2019a).

Al respecto, se tiene que a partir del tenor literal del artículo que recoge la posición de garantía cabe hacer la interpretación que el legislador no ha adoptado la clásica teoría formal de las fuentes de posición de garantía, sino la teoría del deber jurídico; toda vez que, en el referido dispositivo legal únicamente se hace referencia al deber evitar al resultado, sin precisar las fuentes de las que puede provenir tal deber; pudiendo ser estas, la ley, el contrato o la injerencia (García, 2019a).

Sin perjuicio de ello, no debe dejar de mencionarse que existe consenso en señalar que las teorías formales y materiales de la posición de garantía no se excluyen, sino que se complementan entre sí debido al decisivo papel que cumplen para delimitar la aplicación del delito de comisión por omisión (Hurtado y Prado, 2011).

Luego, como segundo punto de análisis se aborda la pretensión de formular un criterio material que permita fundamentar la posición de garantía en los delitos de comisión por omisión. Tal pretensión debe tomar como punto de partida la equivalencia axiológica entre el delito de comisión y el delito de comisión por omisión; por lo que, atendiendo a que el fundamento y criterio de imputación para ambos delitos es el mismo, la aparición de la posición de garantía dependerá de si la responsabilidad por no evitar el delito se sustenta en una competencia por organización o en una competencia institucional (García, 2019a).

En orden de ideas, en los delitos en competencia por organización, el deber del garante de impedir el delito se fundamenta en el compromiso de actuar como una barrera de contención de determinados riesgos; asimismo, en este grupo de delitos se toma como criterio de imputación el dominio del riesgo; a diferencia de los delitos en competencia institucional en los que el deber del garante impedir el delito se fundamenta en la atribución formal de un estatus o rol especial derivado de una competencia institucional y que adopta como criterio de imputación la mera infracción del deber especial (García, 2019a).

Seguidamente, en el particular caso de los delitos que tienen lugar en competencia por organización, la infracción del rol general del ciudadano a través del deber de no dañar a terceros puede manifestarse como la inobservancia de un deber de aseguramiento o un deber de salvamento, y dentro de este último encontramos al deber de asunción y la injerencia (García, 2019a).

La relevancia del desarrollo de este punto estriba en que se pone de manifiesto que los tanto los mandatos como prohibiciones que se derivan la institución negativa de lo lesionar a terceras personas pueden ser infringidos mediante acciones u omisiones, ya que lo relevante es la infracción del rol.

a.1) Deberes de aseguramiento

A las personas, en tanto titulares de derechos y deberes, se les conoce un ámbito de organización jurídicamente garantizado, del cual deben asegurarse que no se deriven irrupciones en ámbitos de organización ajenos; esto es, todas las personas que participan en la sociedad son garantes que de su propio ámbito de organización no se deriven *outputs* lesivos que puedan suponga la irrogación ilegítima de ámbitos de organización ajenos (Jakobs, 2001).

Sobre la base de las consideraciones expuestas en torno al deber de aseguramiento resulta posible precisar el fundamento del injusto de los delitos de lesión y de peligro en un plano comunicativo.

En efecto, sobre la base de la línea de argumentación que se sigue, el fundamento del injusto de los delitos de lesión recae en la arrogación ilegítima de ámbitos de organización ajenos; en tanto que, en los delitos de peligro concreto tal fundamento reside en la desprotección ilegítima del ámbito de organización de terceras personas y en los delitos de peligro, en la incorrecta administración del propio ámbito de organización (Feijóo, 2014).

a.2) Deberes de salvamento

Una persona no solo resulta competente por organización debido a la infracción de su deber de asegurar que de su propio ámbito de organización no se deriven *outputs* lesivos para las esferas de organización de terceras personas, sino que también puede resultar competente por riesgos que ya no se encuentran dentro de su propio ámbito de organización a través de la realización de acciones dirigidas a revocar dicho riesgo antes que termine por afectar a los ámbitos de organización de terceras personas (García, 2019a).

Precisamente, conforme se señaló oportunamente, dentro de los deberes de salvamento es posible identificar al deber de asunción y a la injerencia. En el primer supuesto, la persona asume la competencia de riesgos que se encuentran en otras esferas de organización, como contrapartida de la renuncia del deber de autoprotección del titular de dicho ámbito de organización; siendo que, a consecuencia de ello, dicha persona asume el deber de revocar los riesgos creados antes de que menoscaben ámbitos de organización ajenos (Jakobs, 2001).

Luego, en el particular caso de la injerencia, la persona resulta competente por organización por la introducción de riesgos especiales a esferas de organización ajenas, por lo que, a partir de un comportamiento precedente especialmente peligroso, la persona tiene el deber de revocar los riesgos creados antes de que menoscaben ámbitos de organización ajenos (Jakobs, 2001).

Por lo tanto, queda claro que como consecuencia de la posición de garantía la persona que asume el deber de realizar acciones de salvamento a fin de evitar la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico; es decir, revocar el riesgo ante que perjudique a terceros (Poder Judicial, Exp. N.º 1384-98).

b) La equivalencia normativa

El segundo requisito del delito de comisión por omisión es de la equivalencia normativa; esto es, la identidad axiológica entre el comportamiento omisivo y el activo que tiene lugar en los delitos de resultado mediante. Como consecuencia de ello, al igual que en los delitos de realización activa, en el delito de comisión por omisión deberá procederse a realizar los juicios de imputación del comportamiento (tipicidad objetiva y subjetiva) e imputación del resultado (García, 2019a).

b.1) Imputación del comportamiento

Sin perjuicio de la importancia que tiene la imputación del resultado para la configuración del injusto de determinado grupo de delitos, resulta conveniente analizar, en primer lugar, el sentido comunicativo del comportamiento. Este planteamiento se basa en la premisa de que una adecuada construcción de la teoría del tipo no debe basarse exclusivamente en criterios de imputación de resultados, sino que debe tomarse en consideración el trascendental papel que desempeña el juicio de desvalor sobre el comportamiento (Frisch, 2004).

En el nivel de imputación, primero debe constatararse la creación o aumento de un riesgo penalmente prohibido, a partir de la norma de penal y demás normas de carácter extrapenal que delimitan y dotan de contenido material al rol que desempeña la persona en un contexto social determinado; luego, se determinará la competencia por organización del riesgo penalmente prohibido que ha sido creado, a través los principios confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima en aquellos casos de concurrencia de varios intervinientes (García, 2019a).

Sin perjuicio de ello, en el análisis de la imputación del comportamiento también debe considerarse los elementos de la parte subjetiva del hecho. Así, sobre la base de la premisa de dotar de contenido normativo a las instituciones del Derecho penal en atención de la función de la pena, desde ya, debe señalarse que la parte subjetiva del hecho no se determina sobre la base de criterios psicológicos, sino que la imputación del conocimiento a la persona se formulada en atención del rol que desempeña en un determinado contexto social (Caro, 2014).

Lo expuesto tiene como primera consecuencia para la teoría del delito, el descarte del elemento volitivo para la configuración de la imputación subjetiva y, como segunda secuencia, que la diferenciación entre el dolo y la culpa se realice a partir de un criterio cuantitativo sobre aspecto cognitivo (García, 2004).

Estando que el análisis de los elementos subjetivos del tipo se centra en el aspecto cognitivo, cabe desarrollar los criterios normativos a través de los cuales resulta posible la imputación de conocimiento. Precisamente, a partir de criterios normativos, cabe señalar que en el proceso de normativización del tipo subjetivo en la teoría del delito para dotar de contenido dogmático al dolo y la culpa son: la evitabilidad individual y la teoría de la probabilidad (García, 2004).

Respecto al primero, la doctrina señala que el criterio de la evitabilidad individual que informa la imputación subjetiva permite la imputación del conocimiento requerido por el dolo y la culpa; en tanto, existe consenso en reconocer que las personas gozan de la capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación, es decir, que la infracción de la norma sea evitable; a diferencia de lo imprevisible que no podrá ser imputado (García, 2004).

Seguidamente, el criterio que permite establecer la diferencia de entre dolo y la culpa, como formas de imputación subjetiva, es la teoría de la probabilidad; así, una vez imputado el conocimiento en ambas formas de imputación subjetiva, aparece la teoría de la probabilidad como criterio cuantitativo, por el cual es posible señalar que en el dolo el nivel de conocimiento atribuido a la persona sobre la posibilidad de infringir la norma activa el deber de desistir de la actuación riesgosa o interrumpir el suceso riesgoso; en tanto que, en el caso de la culpa, tal posibilidad activa el deber de incorporar mecanismos de aseguramiento (García, 2019a).

Con todo, debe señalarse, en primer lugar, que una interpretación de la normativa nacional que recoge las formas de imputación subjetiva conforme a los criterios de la evitabilidad individual y la teoría de la probabilidad expuestos anteriormente, resulta perfectamente válido, ya que ella no hace una definición de dolo ni culpa; como tampoco se señalan sus requisitos (García, 2019a).

En segundo lugar, la aplicación de la evitabilidad individual y la teoría de la probabilidad no son conceptos abstractos, sino que deben tomar en consideración en concreto contexto social en el que ha tenido lugar la defraudación del rol, para lo cual debe tenerse en consideración las normas de carácter penal y extrapenal que delimitan el contenido material del rol (Caro, 2014).

En tercer lugar, la exigencia de un elemento subjetivo adicional al dolo en algunos delitos no representa inconveniente o contradicción con la pretensión que se sigue en el presente trabajo de dotar de contenido normativo a las instituciones de la teoría del delito, específicamente a la imputación subjetiva; en tanto, la determinación de los elementos subjetivos especiales del tipo se hace también sobre la base de una imputación (García, 2019a).

b.2) Imputación objetiva del resultado

Una vez llevado a cabo la imputación del comportamiento a través de los filtros valorativos de imputación objetiva y subjetiva, en el siguiente nivel tiene lugar la imputación del resultado; esto es, si el resultado acaecido es la realización del riesgo penalmente prohibido. La constatación del vínculo entre el comportamiento prohibido y el resultado no responde a un mero nexo causal, sino que en este caso también debe recurrirse a criterios valorativos (García, 2019a).

En ese orden de ideas, la introducción de criterios valorativos en el vínculo establecido entre el comportamiento prohibido y el resultado tiene como consecuencia que no cualquiera de los resultados posibles que puede acaecer luego de la realización del comportamiento sirve para fundamentar el injusto, sino que se trata de resultados típicos; es decir, de aquellos resultados que la norma busca evitar según el criterio del fin de protección de la norma (García, 2019a).

Sin perjuicio de lo señalado, en aquellos casos en los que no pueda constatarse la realización del comportamiento penalmente prohibido en el resultado acaecido; esto es, cuando el resultado producido no forme parte de los resultados que la norma busca evitar, la infracción de la norma no quedará impune, sino que será sancionada conforme a las reglas de la tentativa (Frisch, 2004).

5.1.2 Sobre la necesidad de una cláusula general de comisión por omisión

Otra de las cuestiones problemáticas que se debate en torno a la figura de la comisión por omisión es si resulta necesario mantener su incorporación en los textos legislativos o si se puede prescindir de ella a través de la interpretación teleológica-objetiva de los delitos recogidos en la parte especial.

En efecto, debe recordarse que, dentro de la clasificación tripartita de los delitos elaborado por la doctrina, es posible identificar aquellos delitos que pueden ser realizados tanto por comisión como por omisión, pues su configuración típica no regula de manera expresa la realización de la conducta a través de determinados medios como tampoco la necesaria ejecución material por parte del agente o, no regula un comportamiento omisivo de manera expresa (Gimbernat, 2013).

En ese sentido, partiendo de la premisa de la identidad axiológica entre ambos tipos de delitos, cabe afirmar que la regulación del delito de comisión por omisión no resulta necesario ni indispensable para poder realizar los respectivos juicios de desvalor del comportamiento (creación de un riesgo penalmente prohibido) y del resultado (imputación objetiva del resultado conforme al criterio de ámbito de protección de la norma); en tanto, tal objetivo se puede lograr a través de una adecuada interpretación teleológica-objetiva de los tipos penales (Meini, 2005).

Sin perjuicio de lo señalado, sí debe afirmarse que la regulación de los requisitos del delito de comisión por omisión en la legislación penal no debe ser tomado como un obstáculo o una limitación para los operadores del Derecho penal, sino como una conveniente circunstancia de establecer de manera expresa los presupuestos por los que una persona puede resultar competente por una acción o una omisión que se encuentran en el mismo plano valorativo (García, 2019a).

5.2 La posición de garantía del administrador

La atribución de responsabilidad penal al administrador por los delitos de dominio cometidos desde la empresa no es una operación automática en la que baste constatar el nombramiento para dicho cargo, sino que la realización de tal objetivo debe lograrse a través de la aplicación de las reglas generales de imputación al desarrollo de la actividad empresarial; para lo cual debe considerarse los principios organizativos que delimitan las esferas de competencia de los miembros de la empresa; estos son, el principio de jerarquía, división de trabajo y la denominada delegación de funciones o competencias (Silva, 2016).

En mérito a ello, la formulación de las reglas generales de imputación para los casos de criminalidad desde la empresa requiere que el Derecho penal elabore un concepto propio de administrador; así como, un criterio material de la posición de garantía del administrador. Ambos conceptos serán desarrollados a continuación.

5.2.1 Concepto de administrador para el Derecho penal

Atendiendo a la normatividad vigente sobre la materia, se tiene que, desde un punto de vista formal o restringido, es considerado como administrador la persona que integra el órgano de administración de la empresa, independientemente de la forma que adopte; por lo que, para tal concepción la calidad de administrador se basa únicamente en la ostentación formal del cargo (Silva, 2016).

En el caso nacional, el marco normativo vigente señala que la gestión de las empresas que adoptan el modelo de la sociedad anónima recae en el directorio y la gerencia. En mérito a ello, si la gestión de la empresa recae en dos órganos, cabe formularnos la pregunta de en qué se diferencia la competencia de cada uno; es decir, cuáles son las competencias específicas del directorio y la gerencia.

Al respecto, si bien la normativa sobre la materia no define con exactitud las fronteras de actuación de uno y de otro órgano, tal propósito ha sido logrado gracias a la doctrina y praxis empresarial que entiende que al directorio le corresponde la elaboración de las líneas estratégicas generales; así como la toma de decisiones más importantes de los aspectos de la empresa; mientras que, la gerencia resulta competente para el desarrollo de las tareas ejecutivas relativas a la gestión ordinaria de la empresa (Palmadera, 2009).

Sin perjuicio de lo señalado, es importante destacar que las competencias de los miembros del directorio y del gerente general de la empresa también se encuentran fijadas por el estatuto de la empresa, la reglamentación interna y demás normas de carácter extrapenal que resulten pertinentes para tal fin (Caro y Reyna, 2019). A partir de ellas se llega a delimitar el rol del administrador dentro de la empresa.

Tomando como punto de partida la normatividad sobre la materia, se tiene que desde un punto de vista formal o restringido, se considera como administrador a la persona que resulta competente por la gestión de la empresa; ya sea que, se trate de una competencia por elaboración de las líneas estratégicas generales y la adopción de acuerdos importantes, como en el caso de los miembros del directorio o, por el desarrollo de las tareas ejecutivas relativas a la gestión ordinaria de la empresa, como en el caso del gerente general (Palmadera, 2009).

Sin embargo, para la atribución de responsabilidad penal del administrador por los delitos de dominio cometidos desde la empresa, no basta la sola ostentación del cargo como si se tratara de un delito de infracción de deber, sino que resulta necesario constatar que ha tenido lugar la infracción del rol como fundamento del injusto; así como, el dominio del riesgo como criterio de imputación (García, 2019b).

Antes de continuar con el desarrollo del tema, conviene señalar que si bien los problemas en torno a la responsabilidad penal de los miembros del directorio de la empresa por la adopción de decisiones colegiadas resultan interesantes; el objeto de estudio del presente trabajo se limita a la atribución de responsabilidad penal del gerente-administrador por los hechos comisivos realizados por sus subordinados debido a la infracción de sus deberes de control y vigilancia.

En ese orden de ideas, el concepto de administrador que tiene relevancia para los delitos de dominio cometidos desde la empresa no se agota en quien haya sido designado para el cargo, sino que se requiere que la persona tenga el dominio del riesgo del ámbito del cual es competente; en este caso, por el desarrollo de las tareas ejecutivas relativas a la gestión ordinaria de la empresa (Silva, 2016). Si la gerencia esté conformada por un gerente general y otros; estos últimos deberán tener dominio del riesgo del concreto ámbito de organización que han asumido.

El concepto amplio de administrador abarca el caso del administrador de hecho que no se reduce a los casos de nombramiento formalmente ineficaz o en los que la sociedad es afectada por una causa de nulidad, sino que también abarca el supuesto del administrador no nombrado que asume de manera fáctica la actividad del administrador y el caso de responsabilidad del administrador de hecho junto a un administrador formalmente nombrado (García, 1999).

Con todo, la exigencia que el administrador tenga el dominio de los riesgos que formen parte de su ámbito de organización, no es más que una consecuencia que se deriva de la adopción del rol como factor de imputación; siendo que la relevancia penal de una conducta responde a la infracción de un rol desempeñado por la persona en un contexto social determinado (Poder Judicial, Exp. N.º 4166-99).

5.2.2 Criterio material de la posición de garantía del administrador

El hilo argumentativo que se ha venido desarrollando para los casos de delitos en competencia por organización cometidos desde la empresa nos lleva ahora a desarrollar el criterio material que fundamenta la posición de garantía del administrador de la empresa; atendiendo a que el criterio de imputación para este grupo de delitos es el dominio del riesgo.

Al respecto, un sector de la doctrina, apartándose de la adopción de criterios formales, ha propuesto como fuente material de la posición de garantía, el actuar precedente peligroso producida por la actividad empresarial (injerencia); otro sector, postula la relación de autoridad del directivo sobre los dependientes y, finalmente, un sector de la doctrina, en ascenso, considera que el directivo, al gestionar la empresa, domina una fuente de peligro (García, 2019b).

El desarrollo de un criterio material que fundamente la posición de garantía del administrador para los delitos de dominio cometidos desde la empresa requiere que se establezca una relación material con una precisa situación de riesgo para un bien jurídico; en concreto, la existencia del compromiso concreto del administrador de actuar como barrera de contención de determinados riesgos (Silva, 2016).

En mérito a lo expuesto y atendiendo a lo regulado por la normatividad nacional vigente sobre la materia, cabe afirmar que la posición de garantía del administrador-gerente tiene como fundamento material el compromiso que asume la persona que es nombrada al cargo de actuar como barrera de contención de los riesgos que surgen de la gestión ordinaria de la empresa; sin embargo, ello no implica que sea competente por todos los riesgos penalmente prohibidos que puedan crearse dentro de la empresa, sino solo por algunos (Silva, 2016).

Finalmente, debe precisarse que, si bien resulta importante la adopción de un concepto material de administrador, el compromiso de actuar como barrera de contención tampoco resulta suficiente para la atribución de responsabilidad penal, sino que, en el caso de los delitos en competencia por organización cometidos desde la empresa, debe constatarse como criterio de imputación que ha tenido lugar la creación de riesgo penalmente prohibido (García, 2019b).

5.3 Intervención del administrador mediante omisión en hechos comisivos realizados por sus subordinados

La problemática que se formula en torno a la responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa por los delitos cometidos por los subordinados es un problema sobre el fundamento y estructura del injusto, para lo cual debe recurrirse a la elaboración de reglas generales de imputación en atención al tipo de competencia que subyace a la defraudación de la norma (Frisch, 1996).

En consecuencia, en el presente apartado se analizará el fundamento y estructura del injusto del delito cometido por el administrador como consecuencia de la omisión sus deberes de control y vigilancia sobre sus subordinados; una realizado ello, determinará el título de imputación que le corresponde según el grado de aporte para la configuración del hecho típico.

5.3.1 Fundamento y estructura del injusto único de intervención

El fundamento del injusto único de intervención en los delitos de dominio cometidos desde la empresa radica en que los comportamientos del administrador y su subordinado cuestionan la vigencia de la norma defraudada a través de la infracción del deber general negativo de no afectar los ámbitos de organización de terceras personas que se concretiza en la infracción de sus roles (García, 1999).

En lo que respecta a su estructura, en el injusto único de intervención tiene lugar la concurrencia de por lo menos dos comportamientos típicos; el primero, la conducta típica omisiva en el estadio previo que genera en el administrador la incumbencia de impedir que el subordinado lleve a cabo algún delito a partir de la organización de la empresa y, el segundo, la conducta típica comisiva realizada por un el subordinado quien da inicio a la ejecución del delito (Robles, 2015).

En ese orden de ideas, debido a el compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos no resulta suficiente para atribuir responsabilidad penal al administrador, en lo que sigue se desarrollarán los criterios de imputación por los que el comportamiento omisivo del administrador en el estadio previo referido a la infracción de los deberes de control y vigilancia adquiere relevancia penal.

a) Conducta omisiva típica de intervención en el delito

Debido a la identidad axiológica entre la conducta omisiva de intervención y la conducta activa de intervención, ambos se rigen por el mismo fundamento y criterio de imputación; esto es, la competencia por organización y el dominio del riesgo, respectivamente. Asimismo, para ambas conductas típicas, los mandatos de acción fundamentados negativamente (deber de aseguramiento y deberes de salvamento) se reconducen a que el titular de una esfera de organización excluya a otros de su administración (Jakobs, 2016).

Así las cosas, la particularidad de la intervención mediante omisión estriba en que el fundamento de su responsabilidad reside en el estadio contrario a la garantía en que se encuentra la organización (infracción del deber de no evitación de la ejecución); en cambio, el fundamento de la responsabilidad mediante el hacer activo es el organizar activo contrario a la garantía (Jakobs, 2016).

Para que el referido estadio contrario a la garantía en que se encuentra la organización pueda ser considerado como conducta típica omisiva se requiere que la configuración del propio ámbito de organización adquiriera, en relación a la conducta de terceras personas que dan inicio a la ejecución del delito, el sentido comunicativo inequívoco de formar parte del acontecer delictivo posterior, ya sea determinando o facilitándolo (Robles, 2015).

En ese orden de ideas, se procederá a desarrollar las reglas generales de imputación que deben tomarse en consideración para la atribución de responsabilidad penal del administrador por la omisión que tiene lugar en el estadio previo al inicio de la ejecución del delito por parte un tercero autoresponsable.

b) Aplicación de las reglas de imputación y reglas de comportamiento al ámbito de los delitos de dominio comunes cometidos desde la empresa

Como consecuencia de la interacción de las reglas de comportamiento y las reglas de imputación, la elaboración de reglas generales de imputación para la atribución de responsabilidad penal del administrador se presenta en cuatro niveles a saber; el primero, las reglas de comportamiento en función prospectiva; el segundo, la imputación de primer nivel; el tercero, las reglas de comportamiento en función retrospectiva y, finalmente, la imputación de segundo nivel (Hruschka, 2009).

b.1 Función en la prospectiva de las reglas de comportamiento

Primero, en la función de prospectiva las reglas de comportamiento actúan como prescripciones o prohibiciones que se dirigen a la persona sometido a la norma indicándole qué es lo que debe hacer o dejar de hacer; asimismo, actúan como reglas permisivas que le indican a la persona lo que permitido hacer o dejar de hacer (Hruschka, 2009).

Lo señalado sobre la función en la prospectiva de las reglas de comportamiento se condice con lo que se ha señalado anteriormente; en el sentido que, en los delitos en competencia por organización el deber negativo de no dañar a los demás puede ser formulado bajo la estructura de prescripciones o prohibiciones; siendo que lo relevante en ambos casos, es la orientación del comportamiento de las personas en su interacción con las demás esferas de organización (Jakobs, 2016).

Trasladando lo expuesto sobre la función en la prospectiva de las reglas de comportamiento al ámbito de la criminalidad desde la empresa, se tiene que, en el caso de los delitos en competencia por organización, el destinatario de la norma es la empresa considerada como una unidad que interactúa en un contexto social determinado; sin embargo, ante la incapacidad delictiva de las personas jurídicas, la responsabilidad penal se extiende a las personas que dominan el riesgo que la norma busca evitar (García, 2019b).

Respecto a la extensión de la responsabilidad penal a los miembros de la empresa, debe tomarse en consideración la relevancia que ha adquirido la figura del administrador en los delitos cometidos desde la empresa debido a su competencia por la gestión ordinaria de la empresa (García, 2019b). En ese sentido, el tratamiento de la responsabilidad al administrador por aspectos referidos a la organización de la empresa se encuentra más que justificado.

Sin perjuicio de lo señalado, no puede dejar de considerarse la intervención de los subordinados; en tanto, una de las principales características de la criminalidad cometida desde la empresa es la concurrencia de varios sujetos que resultan competentes por el delito cometido. En consecuencia, también debe considerársele en la función en la prospectiva las normas que regulan la intervención en el delito.

En ese orden de ideas, cabe afirmar que el deber negativo de no extender la propia esfera de organización en perjuicio de terceros que sirve de fundamento a determinados delitos cometidos desde la empresa tiene como destinatario por extensión al administrador y puede ser formulado a modo de prohibiciones o mandatos (García, 2014).

A modo de ejemplo, el deber negativo que fundamenta el delito de contaminación del ambiente, en concordancia con las reglas de la participación, puede ser formulado como la prohibición dirigida al administrador de crear o facilitar la creación de determinados riesgos idóneos para causar daño grave al ambiente; o, como mandato de asegurar que del ámbito de organización de la empresa no se creen determinados riesgos que resulten idóneos para causar daño grave al ambiente. Si el riesgo creado no se encuentra en el ámbito de organización de la empresa, tiene el deber de revocarlo antes que produzca el resultado.

Con todo, debe reiterarse que las prohibiciones y los mandatos de acción fundamentados negativamente son axiológicamente equivalentes; por lo que, a ambos les afecta el mismo fundamento esto es la competencia por organización y criterio de imputación, es decir, el dominio del riesgo (Jakobs, 2016).

b.2 Primer nivel de imputación: *imputatio facti*

En este primer nivel, la regla de imputación se dirige al juzgador, quien debe decidir si la ejecución de una acción o la inactividad que tiene lugar no constituye un simple acontecimiento físico o el mero no acaecer de tal acontecimiento, respectivamente, sino un hecho comisivo o un hecho omisivo que tiene su origen en la libertad del agente; es decir, que ha estado en situación de omitir el hecho comisivo o ejecutar el hecho omitido (Hruschka, 2009).

Así, en el caso de delitos cometidos desde la empresa, el juzgador primero debe constar que la ejecución de la acción o la inactividad que ha producido el resultado puedan ser imputadas como hecho comisivo o como hecho omisivo al ámbito de organización de la empresa (imputación al colectivo); en caso no pueda lograrse ello, no será posible que sean imputadas a sus miembros (Feijóo, 2009).

Para poder lograr esto último, el juzgador debe verificar que el hecho omisivo imputado a la organización de la empresa tiene como origen la libertad del administrador que se encontraba en la situación de poder ejecutar la acción referida al ejercicio de los deberes de control y vigilancia sobre el subordinado (Hruschka, 2009). Lo mismo aplica para poder afirmar que el hecho comisivo imputado a la organización de la empresa tiene como origen la libertad del subordinado al no haber omitido la realización de la conducta socialmente perturbadora.

Conforme se puede advertir de lo expuesto, en este nivel no se realiza la imputación del resultado acaecido, sino que tiene lugar la imputación de acciones u omisiones al ámbito de organización del administrador que pasan a convertirse en hechos activos o hechos omisivos (Hruschka, 2009). El hecho imputado al administrador debe formar parte de su ámbito de organización; esto es, que forme parte de los deberes y obligaciones que se derivan de la gestión diaria de la empresa.

A modo de ejemplo, al gerente del departamento de marketing de una empresa no podrá imputársele el haber omitido el ejercicio de sus deberes de control y vigilancia sobre el gerente del departamento de producción, pues no forma parte del ámbito de competencia del primero de ellos velar por correcto desempeño en el ejercicio del cargo de otro miembro de la empresa que se encuentra en el mismo nivel de organización desde el plano horizontal, conforme al principio de división de trabajo,

b.3 Función en la retrospectiva de las reglas de comportamiento: *applicatio legis ad factum*

En la función de retrospectiva las reglas de comportamiento actúan como baremo de medición dirigidas al juzgador, quien debe valorar el hecho imputado conforme a los tipos delictivos o de justificación; obteniendo como resultado la antijuridicidad o no antijuridicidad del hecho previamente imputado (Hruschka, 2009).

El juicio de desvalor que tiene lugar en este nivel, llevado a cabo a través de los procesos de interpretación de los tipos penales y subsunción del hecho, se condice con lo que la doctrina comúnmente denomina bajo el rótulo de imputación objetiva; sin embargo, cabe advertir que en realidad no nos encontramos ante un proceso de imputación, sino ante un juicio de desvalor sobre un hecho que previamente imputado a una persona (Sánchez-Ostiz, 2008).

En ese orden de ideas, en primer lugar, el juzgador debe llevar a cabo una interpretación teleológica-objetiva para determinar cuál es sentido que debe asignarse al enunciado jurídico penal que actúa como baremo de medición; obteniendo como resultado de dicho proceso hermenéutico la determinación de cuáles son los riesgos que la norma busca prohibir; siendo que la norma no pretende evitar la creación de todos los riesgos posibles, sino solo aquellos que resulten idóneos para fundamentar el injusto (García, 2019a).

Asimismo, en el caso de delitos de resultado, a través del criterio del ámbito de protección de la norma, el juzgador debe determinar cuáles son los resultados que la norma busca evitar; toda vez, que la norma que actúa como baremo de medición no busca evitar todos los resultados posibles sino solamente aquellos que se manifiesten como realización del comportamiento prohibido (García, 2019a).

Trasladando lo expuesto al ámbito de la criminalidad desde la empresa, se tiene que el juzgador debe llevar a cabo una interpretación teleológica-objetiva que le permita determinar cuáles son los riesgos y resultados que el tipo penal del delito económico que actúa como baremo de medición busca evitar; siendo que, para la consecución de tal fin, deberá recurrir a normas de carácter extrapenal; en tanto, ellas terminan por configurar el objeto de regulación penal (Caro, 2014).

En segundo lugar, corresponde al juzgador confrontar el hecho previamente imputado con arreglo a la regla de comportamiento que actúa como baremo de medición; con otras palabras, en este nivel se lleva a cabo un juicio de valoración sobre el hecho imputado previamente a fin de determinar si puede ser subsumido en el tipo penal previsto en la regla de comportamiento (Sánchez-Ostiz, 2008).

En el caso de delitos en competencia por organización el referido juicio de valoración sobre hecho previamente imputado tiene lugar a través de un proceso que involucra a los criterios normativos de creación de un riesgo penalmente prohibido, la competencia por la creación de dicho riesgo y la imputación del resultado a través del criterio del ámbito de protección de la norma.

En mérito a ello, en primer lugar, el juzgador deberá valorar si el hecho omisivo imputado al administrador ha creado un riesgo penalmente prohibido; es decir, si su comportamiento tiene el sentido de formar parte del acontecer delictivo posterior de un tercero decidido a cometer un delito (Robles, 2015). Luego, deberá valorar si el administrador resulta competente del riesgo penalmente prohibido creado; para lo cual recurrirá a institutos dogmáticos de prohibición de regreso, principio de confianza y competencia de la víctima (García, 2019a). Finalmente, valorará si el resultado acaecido forma parte de los riesgos que la norma busca evitar.

Respecto a la valoración de si el hecho omisivo previamente imputado al administrador ha creado un riesgo penalmente prohibido; el juzgador, en primer lugar, deberá diferenciar entre dos momentos a saber; si ha tenido lugar o no el inicio de la ejecución del delito por parte del subordinado (Jakobs, 2016).

Así, cuando el subordinado no haya dado inicio de la ejecución del delito, la omisión del administrador de sus deberes de control y vigilancia generará en este último la incumbencia de impedir la ejecución futura del delito; cuya infracción resultará impune, en tanto, el comportamiento del administrador comunica el llevar adelante la realización de la planificación del delito (Jakobs, 2016).

En cambio, cuando el subordinado haya dado inicio a la ejecución del delito, la omisión del administrador de sus deberes de control y vigilancia generará en este último el deber de impedir la realización del delito; cuya infracción tiene relevancia penal, en tanto, el comportamiento del administrador comunica el llevar adelante la realización de la ejecución del delito (Jakobs, 2016).

A partir de este segundo momento, es cuando cabe afirmar que la omisión del administrador de sus deberes de control y vigilancia sobre sus subordinados ha creado un riesgo penalmente prohibido; en tanto que, a través de dicho comportamiento infringe el deber negativo general de no extender la propia esfera de organización en perjuicio de terceros que sirve como fundamento a los delitos en competencia por organización; siendo que en este caso, la referida infracción se manifiesta como la inobservancia de un deber de salvamento por asunción; en tanto, el administrador asume el deber de revocar el riesgo penalmente prohibido que ya no se encuentra dentro del ámbito de organización de la empresa antes que afecte los ámbitos de organización de terceras personas (Jakobs, 2016).

La valoración del hecho no debe agotarse en la constatación de la creación de un riesgo penalmente prohibido, sino que, ante la concurrencia de una pluralidad de comportamientos, el juzgador debe determinar cuál es la clase de riesgo que cada comportamiento ha creado; es decir, si se trata de un riesgo que ha determinado la realización del delito o de uno que ha facilitado la conducta delictiva de terceros.

Para poder determinar de manera precisa la clase de riesgo penalmente prohibido que el comportamiento del administrador ha creado se debe tomar en consideración si la infracción del rol tuvo lugar en el marco de una delegación de competencias o en el encargo en la ejecución de una función; en ambos supuestos se tomará en consideración si ha tenido o no lugar el inicio de la ejecución del delito.

Así las cosas, si en el supuesto de delegación eficaz de competencias no se ha producido la ejecución del delito, la omisión en el estadio previo del administrador (delegante), referida a la infracción de sus deberes residuales de control y vigilancia sobre su subordinado (delegado), genera en el primero de ellos la incumbencia de impedir la ejecución futura del delito por parte del subordinado (Jakobs, 2016).

En este primer momento, la omisión del administrador en el estadio previo resulta impune; toda vez que, al no haberse producido el inicio de la ejecución del delito (tentativa) por parte del subordinado, la infracción de su incumbencia comunica el llevar adelante la realización de la planificación del delito (Jakobs, 2016).

Si se ha producido la ejecución del delito, la omisión del administrador (delegante), referida a la infracción de sus deberes residuales de control y vigilancia sobre su subordinado (delegado), genera en el primero el deber de impedir (deber de asunción) que el riesgo penalmente prohibido creado por el subordinado afecte los ámbitos de organización de terceras personas (Jakobs, 2016).

En este segundo momento, la omisión del administrador en el estadio previo sí tiene relevancia penal, toda vez que, al haberse producido el inicio de la ejecución del delito (tentativa) por parte del subordinado la infracción de su deber comunica el llevar adelante la realización de la ejecución del delito a través de la creación de un riesgo idóneo para facilitar su realización (Jakobs, 2016).

En el supuesto del encargo de la ejecución de una función, se tiene como nota característica que el administrador ostenta deberes primarios de control y vigilancia sobre sus subordinados; toda vez que, en este supuesto no tiene lugar la descarga en el ámbito de competencia del administrador, como tampoco la creación de un nuevo ámbito de competencia en favor del delgado (Montaner, 2008).

Si en el supuesto del encargo de la ejecución de una función no se ha producido la ejecución del delito, la omisión en el estadio previo del administrador (mandante), referida a la infracción de sus deberes primarios de control y vigilancia sobre su subordinado (encargado), genera en el primero de ellos la incumbencia de impedir la ejecución futura del delito por parte del subordinado (Jakobs, 2016).

En este primer momento, la omisión del administrador en el estadio previo resulta impune; toda vez que, al no haberse producido el inicio de la ejecución del delito (tentativa) por parte del subordinado, su comportamiento comunica el llevar adelante la realización de la planificación del delito (Jakobs, 2016).

Si se ha producido la ejecución del delito, la omisión del administrador (mandante), referida a la infracción de sus deberes primarios de control y vigilancia sobre su subordinado (encargado), genera en el primero de ellos el deber de impedir (deber de asunción) que el riesgo penalmente prohibido creado por el subordinado afecte los ámbitos de organización de terceras personas (Jakobs, 2016).

En este caso, la omisión del administrador en el estadio previo sí tiene relevancia penal, toda vez que, al haberse producido el inicio de la ejecución del delito (tentativa) por parte del subordinado, la infracción de su deber comunica el llevar adelante la realización de la ejecución del delito a través de la creación de un riesgo idóneo para determinar su realización (Jakobs, 2016).

Debe recordarse que la relevancia penal del riesgo creado no depende únicamente del aspecto objetivo del hecho, sino que es necesario que también se tome en consideración la faceta subjetiva de la imputación del hecho. Esta exigencia encuentra su fundamento en el principio político-criminal que proscribe la responsabilidad objetiva.

En mérito a lo expuesto anteriormente sobre el lado subjetivo del hecho, al momento de valorar el hecho previamente imputado al administrador, el juzgador deberá tomar en consideración en primer lugar a la evitabilidad individual como criterio para la normativización del tipo subjetivo y en segundo lugar a la teoría de la probabilidad como criterio cuantitativo para establecer la diferenciación entre el dolo y la culpa (García, 2004).

En el supuesto de delegación de funciones, el juzgador, a través del criterio de la evitabilidad, imputa al administrador (delegante) el conocimiento de que omisión de sus deberes de residuales control y vigilancia sobre el subordinado (delegado) defrauda su deber de impedir (deber de asunción) que el riesgo penalmente prohibido creado por el subordinado termine por afectar el ámbito de organización de terceras personas; en tanto, se encontraba en condiciones de evitar la creación de un riesgo idóneo para la facilitar la realización del delito a través de la adopción de mecanismos de prevención (García, 2004).

Luego, si el nivel de conocimiento imputado al administrador sobre la probabilidad de defraudar su deber de impedir (deber de asunción) que el riesgo penalmente prohibido creado por el subordinado termine por afectar el ámbito de organización de terceras personas lo obliga a desistir de su actuación o interrumpir el suceso riesgoso, responderá a título de dolo; en cambio, si el nivel de conocimiento le impone al administrador el deber de incorporar mecanismos de conocimientos, responderá a título de culpa (García, 2004).

En el supuesto del encargo en la ejecución de una función, el juzgador, a través del criterio de la evitabilidad, imputa al administrador (mandante) el conocimiento de que omisión de sus deberes primarios de control y vigilancia sobre el subordinado (encargado) defrauda su deber de impedir (deber de asunción) que el riesgo penalmente prohibido creado por el subordinado afecte los ámbitos de organización de terceras personas; en tanto, se encontraba en condiciones de evitar la creación de un riesgo idóneo para la determinar la realización del delito a través de la adopción de mecanismos de prevención (García, 2004).

Seguidamente, si el nivel de conocimiento imputado al administrador sobre la probabilidad de defraudar su deber de impedir (deber de asunción) que el riesgo penalmente prohibido creado por el subordinado afecte los ámbitos de organización de terceras personas lo obliga a desistir de su actuación o interrumpir el suceso riesgoso, responderá a título de dolo; en cambio, si el nivel de conocimiento le impone al administrador el deber de incorporar mecanismos de conocimientos, responderá a título de culpa (García, 2019a). Los mimos criterios valorativos de carácter objetivo y subjetivo deberá tener en consideración el juzgador al momento de valorar si el hecho imputado previamente al subordinado ha creado un riesgo penalmente prohibido.

Después de constatarse que ha tenido lugar la creación de un riesgo penalmente prohibido, el juzgador debe valorar que el administrador resulta competente por aquel; esto es, que la competencia por el riesgo prohibido le corresponde a él y no a un tercero, en virtud de los principios de confianza o prohibición de regreso o, al ámbito de responsabilidad de la víctima (García, 2019a).

Finalmente, en el caso de delitos de resultado, tanto para el supuesto de delegación de competencias como del encargo en la ejecución de una función, el juzgador, en función del criterio del fin de protección de la norma, debe determinar que el resultado producido causalmente por el comportamiento del administrador forma parte del grupo de resultados que la norma busca evitar (García, 2019a).

Con todo, una vez llevado a cabo los procesos de valoración y subsunción de los hechos imputado al administrador y al subordinado, así como, la constatación del nexo jurídico entre ambos comportamientos y el resultado a través del criterio del fin de protección de la norma; el juzgador debe valorar que no concurren contextos especiales de actuación que hagan decaer la competencia jurídico-penal por el hecho defraudatorio de la norma (García, 2019a).

En caso no concurren dichos contextos especiales de actuación, el juzgador podrá afirmar que nos encontramos ante un injusto único de intervención, en el que los comportamientos imputados al administrador y al subordinado que han sido valorados no solo tienen relevancia típica (desde el punto de vista objetivo y subjetivo), sino que también comunican su sentido de contrariedad al ordenamiento jurídico en su conjunto. En cambio, si el juzgador advierte la concurrencia de algún contexto especial de actuación en favor del administrador, deberá afirmar el decaimiento de su competencia por el hecho valorado como típicamente relevante.

b.4) Segundo nivel de imputación: *imputatio iuris*

Finalmente, en este nivel tiene lugar la imputación al merecimiento de un hecho previamente valorado como antijurídico en atención a la regla de comportamiento que actúa como baremo de medición; es decir, tiene lugar un juicio de demérito por el que se considera que el autor obró con conocimiento de la antijuridicidad de su hecho, por lo que, debió omitir la acción prohibida o ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber (Hruschka, 2009).

Así como en las categorías de tipicidad y antijuridicidad, el juicio de demérito por el cual se pretende imputar a una persona un hecho previamente valorado como contrario al ordenamiento jurídico, toma como punto de partida la función del Derecho penal de garantizar la identidad normativa de la sociedad frente a aquellos comportamientos que cuestionan la vigencia de la norma (García, 2019a).

Lo expuesto nos lleva a tomar como punto de partida la premisa de que la categoría de culpabilidad no se sustenta en un juicio de reproche sobre el autor individual que ha realizado el hecho antijurídico, sino en la necesidad de contradecir la defraudación de la norma con la imposición de una pena a quien haya infringido su rol, ya sea que se trate de un rol general o de un rol especial (García, 2019a).

A partir de la referida necesidad, la categoría de la culpabilidad se construye sobre la base de los criterios de la individualidad y socialidad de la persona; el primero de ellos, está referido a la capacidad individual de la persona de manifestar libertad en sus acciones; en tanto que, el criterio de la socialidad está referido a la capacidad de la persona de poder cuestionar la vigencia de la norma a través de la infracción de rol atribuido (García, 2019a).

Así las cosas, luego de haber valorado el carácter antijurídico del hecho omisivo imputado al administrador y el hecho comisivo imputado al subordinado, ya sea que se trate de un supuesto de delegación de competencias o encargo en la ejecución de una función, el juzgador debe constatar que no concurra algún elemento que haga decaer la imputación personal del injusto penal; tales como, la inimputabilidad, el error de prohibición o alguna situación por la que no se podía exigir al administrador y al subordinado actuar conforme a Derecho (García, 2019a).

En caso esto último no suceda, el juzgador debe proceder a imputar el hecho omisivo antijurídico al administrador a título de demérito; es decir, afirmar que su comportamiento referido a la infracción de sus deberes de control y vigilancia sobre sus subordinados, ya sea que se trate de un supuesto de delegación de competencias o encargo en la ejecución de una función, comunica una falta de fidelidad al Derecho manifestado a través de la libre infracción de su rol asumido dentro de estructura de la empresa (García, 2019a). El mismo procedimiento se seguirá para poder realizar la imputación personal del injusto penal al subordinado.

5.3.2 Graduación del injusto único de la intervención

Una vez logrado la fundamentación del injusto único de intervención a través de la interacción de las reglas de comportamiento y las reglas de imputación, corresponde en un segundo momento la calificación de la intervención del administrador a título de autoría o participación (Robles, 2015).

Tratándose de delitos de dominio cometidos desde la empresa, la calificación de la intervención no debe ser tomada en abstracto, sino, que debe considerarse si la defraudación de la norma a través de la infracción del rol ha tenido lugar en un supuesto de delegación de competencias o encargo en la ejecución de una función.

En ese orden de ideas, en el supuesto de delegación eficaz de competencias, la infracción por parte del administrador (delegante) de sus deberes residuales de control y vigilancia sobre su subordinado (delegado) dará lugar a una competencia por el injusto único de participación a título de complicidad (primaria); toda vez que, su comportamiento ha configurado en menor medida la realización del injusto común al haber creado un riesgo penalmente prohibido que facilita o favorece la conducta delictiva del subordinado (Robles, 2015).

Por su parte, el subordinado (delegado) responderá a título de autor; toda vez que, su comportamiento configura en mayor medida (competencia preferente) el injusto único de intervención al haber creado un riesgo penalmente prohibido que determina casi por completo la realización del delito (Robles, 2015).

En este supuesto, el comportamiento del administrador referido a la omisión de sus deberes residuales de control y vigilancia sobre su subordinado no es axiológicamente equivalente a la realización activa del delito; toda vez que, no tiene competencia preferente por el hecho, sino que su comportamiento facilita o favorece la conducta delictiva del subordinado. En ese sentido, en el caso de delegación de competencias, la determinación de la responsabilidad penal del administrador por los delitos cometidos por sus subordinados no es un tema de omisión, sino de intervención en el delito (García, 2019b).

Cabe recordar, conforme se señaló anteriormente, que en caso el subordinado no de inicio a la ejecución del delito, la conducta del administrador referida a la infracción de sus deberes residuales de control y vigilancia no tendrá relevancia penal; en tanto, tal infracción genera en él la incumbencia -y no el deber- de impedir la ejecución futura del delito por parte del subordinado (Jakobs, 2016).

En cambio, en el caso del encargo en la ejecución de una función, la infracción del administrador (mandante) de sus deberes primarios de control y vigilancia sobre su subordinado (encargado) dará lugar a una competencia por el injusto único de intervención a título de autoría; toda vez que, su comportamiento ha configurado de manera preferente la realización del injusto común al haber creado un riesgo penalmente prohibido que determina la configuración del delito (Robles, 2015).

Por su parte, el subordinado (encargado) responderá como coautor en aquellos casos en los que su comportamiento suponga una competencia conjunta del injusto único de intervención al haber creado un riesgo penalmente prohibido que determina la configuración del delito en igual cuantía que la del administrador; mientras, que en aquellos casos en los que su comportamiento configure en menor medida el injusto común responderá a título de partícipe (García, 2019a).

En sentido contrario, cuando el subordinado (encargado) no se aparte de los parámetros que configuran su marco de actuación dentro de la organización de la empresa, su comportamiento carecerá de relevancia penal, en virtud de la aplicación del principio de prohibición de regreso; es decir, el subordinado no responderá penalmente mientras no infrinja su rol (Montaner, 2008).

CONCLUSIONES

Por todo lo puesto en este trabajo de investigación se llegó a la conclusión general que la determinación de la responsabilidad penal del administrador por los delitos cometidos por sus subordinados se lleva a cabo en dos momentos; en el primero, tiene lugar la constitución del injusto único de intervención en el que concurren los comportamientos típicamente relevantes del administrador y del subordinado y, en el segundo, se realiza la calificación de la intervención del administrador a título de autoría o participación, según su comportamiento haya configurado en mayor o menor medida la realización del injusto común.

De manera específica, la determinación de la competencia del administrador por el injusto único de intervención debe tomar en consideración dos supuestos distintos; por un lado, si la defraudación de la norma tuvo lugar en el marco de una efectiva delegación de competencias o, por el otro, si tuvo lugar en el marco de un encargo en la ejecución de una función.

En ambos supuestos la omisión del administrador adquiere relevancia penal a partir del inicio en la ejecución del delito por parte del subordinado; antes de ella, su comportamiento se mantiene impune, en tanto, solo le atañe la incumbencia de impedir la realización futura de delitos por parte de sus subordinados.

En el caso de la efectiva delegación de competencias, una vez iniciada la ejecución del delito, la omisión en el estadio previo del administrador (delegante), referida a la infracción de sus deberes residuales de control y vigilancia sobre su subordinado (delegado), genera en el primero el deber de impedir (deber de asunción) que el riesgo penalmente prohibido que ha sido creado por el subordinado termine por afectar los ámbitos de organización de terceras personas.

Si el administrador no logra revocar el riesgo penalmente prohibido creado por el subordinado antes que afecte los ámbitos de organización de terceras personas, la omisión de sus deberes residuales de control y vigilancia dará lugar a una competencia por el injusto único de intervención a título de cómplice (primario); toda vez que, su comportamiento ha configurado en menor medida la realización del injusto común al haber creado un riesgo penalmente prohibido que facilita o favorece la conducta delictiva del subordinado.

En el caso del encargo en la ejecución de una función, una vez iniciada la ejecución del delito, la omisión en el estadio previo del administrador (mandante), referida a la infracción de sus deberes primarios de control y vigilancia sobre su subordinado (encargado), genera en el primero el deber de impedir (deber de asunción) que el riesgo penalmente prohibido creado por el subordinado afecte los ámbitos de organización de terceras personas, a partir de su ámbito de organización, termine por afectar los ámbitos de organización de terceras personas.

Si el administrador no logra revocar el riesgo penalmente prohibido creado por el subordinado antes que afecte los ámbitos de organización de terceras personas, la omisión de sus deberes primarios de control y vigilancia dará lugar a una competencia por el injusto único de intervención a título de autoría; toda vez que, su comportamiento ha configurado de manera preferente la realización del injusto común al haber creado un riesgo penalmente prohibido que determina la configuración del delito.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- **Libros**

Caro Coria, C., y Reyna Alfaro, M. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Caro John, J. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Lima, Perú: ARA Editores.

Demetrio Crespo, E. (2009). *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid, España: Iustel.

Estellita, H. (2017). *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo, Brasil: Marcial Pons.

Feijóo Sánchez, B. (2002). *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*. Madrid, España: Civitas.

Feijóo Sánchez, B. (2007a). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid, España: Editorial REUS.

Feijóo Sánchez, B. (2007b). *La normativización del Derecho penal*. Lima, Perú: ARA Editores.

- Feijóo Sánchez, B. (2009). *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*. Buenos Aires, Argentina: BdeF.
- Feijóo Sánchez, B. (2016). *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*. Buenos Aires, Argentina: BdeF.
- Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid, España: Marcial Pons.
- García Caveró, P. (1999). *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. Barcelona, España: Bosch.
- García Caveró, P. (2008). *La persona jurídica en Derecho penal*. Lima, Perú: Grijley.
- García Caveró, P. (2014). *Derecho penal económico. Parte General*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- García Caveró, P. (2019a). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Ideas.
- García Caveró, P. (2019b). *Intervención delictiva en estructuras empresariales*. Lima, Perú: Ideas.
- Gimbernat Ordeig, E. (2013). *Estudios sobre el delito de omisión*. Buenos Aires, Argentina: BdeF.
- Gómez-Jara Diez, C. (2016). *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico*. Buenos Aires, Argentina: BdeF.
- Hruschka, J. (2009). *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Buenos Aires, Argentina: BdeF.

- Hurtado Pozo, J., y Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de Derecho penal. Parte General*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Jakobs, G. (1994). *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid, España: Civitas.
- Jakobs, G. (2000). *La Imputación penal de la acción y de la omisión*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2001). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2006). *Teoría de la intervención*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2008). *El Derecho penal como disciplina científica*. Madrid, España: Civitas.
- Jakobs, G. (2016). *Teoría de la intervención*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Lascurraín Sánchez, J. (2018). *Pena, Principios y Empresa. Estudios sobre los principios penales y sobre los delitos de empresa*. Lima, Perú: A&C Ediciones.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2007). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

- Martínez-Buján Pérez, C. (2012). *Derecho penal económico*. Madrid, España: Iustel.
- Meini Méndez, I. (2003). *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Montaner Fernández, R. (2008). *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*. Barcelona, España: Atelier.
- Palmadera Romero, D. (2009). *Manual de la Ley General de Sociedades*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Robles Planas, R. (2003). *Participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Robles Planas, R. (2007). *Garantes y cómplices. La intervención por omisión en los delitos especiales*. Barcelona, España: Atelier.
- Robles Planas, R. (2015). *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. Buenos Aires, Argentina: BdeF.
- Roxin, C. (2015). *Derecho penal – Parte general*. Madrid, España: Civitas.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Rueda Martín, M. (2013). *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*. Barcelona, España: Atelier.

Sánchez-Ostiz Gutierrez, P. (2008). *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Buenos Aires, Argentina: BdeF.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid, España: Marcial Pons.

Schünemann, B. (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Madrid, España: Marcial Pons.

Silva Sánchez, J. (2015). *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Buenos Aires, Argentina: BdeF.

Silva Sánchez, J. (2016). *Fundamentos de Derecho penal de la empresa*. Buenos Aires, Argentina: BdeF.

- **Capítulo de un libro**

Feijóo Sánchez, B. (2014). Recesión a Frisch, Wolfgang/Robles Planas, Ricardo. En R. Robles. (Ed.), *Desvalorar e imputar* (pp. 115-148). Buenos Aires, Argentina: BdeF.

Frisch, W. (1996). Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad penal de la empresa y de la división de trabajo. En S. Mir, y D. Luzón. (Eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (pp. 99-128). Barcelona, España: Bosch.

- Jakobs, G. (2000). El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. En M. Cancio. (Ed.), *El sistema funcionalista del derecho penal* (pp. 165-194). Lima, Perú: Grijley.
- Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. En E. Montealegre. (Ed.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal* (pp. 39-56). Bogotá, Colombia: Centro de investigación en filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.
- Maraver Gómez, V. (2012). El principio de confianza en derecho penal. En J. Urquiza, y N. Salazar. (Ed.), *Imputación objetiva* (pp. 147-174). Lima, Perú: IDEMSA.
- Meini Méndez, I. (2005). La realización de los delitos de resultado mediante comportamientos omisivos y participación omisiva. En *Estudios de Derecho penal* (pp. 79-139). Lima, Perú: ARA Editores.
- Montealegre Lynett, E., y Perdomo Torres, J. (2007). Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs. En C. Daza. (Ed.), *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs* (pp. 64-135). México D.F., México: Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V.
- Piña Rochefort, J. (2003). Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal. En C. Daza. (Ed.), *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs* (pp. 39-60). México D.F., México: Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V.

- Robles Planas, R. (2018). Principios de imputación en la empresa. En R. Ragués, y J. Silva. (Eds.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial* (pp. 23-42). Barcelona, España: Atelier.
- Salazar Sánchez, N. (2012). Imputación objetiva y participación de los extraneos en los delitos de infracción de deber. En J. Urquiza, y N. Salazar. (Eds.), *Imputación objetiva* (pp. 239-336). Lima, Perú: IDEMSA.
- Schünemann, B. (2009). Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (pp. 529-558). Madrid, España: Ministerio de Justicia de España.
- Silva Sánchez, J., y Varela, L. (2013). Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. En J. Silva. (Ed.), *Criminalidad de empresa y Compliance* (pp. 265-286). Barcelona, España: Atelier.
- Urquiza Olaechea, J. (2007). El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código Penal peruano. En N. Salazar. (Ed.), *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal* (pp. 582-610). Lima, Perú: IDEMSA.
- Urquiza Olaechea, J., y Salazar Sánchez, N. (2015). Responsabilidad penal del directivo de la empresa en el Código Penal peruano. Competencia por organización y naturaleza normativa del injusto de resultado lesivo en los supuestos de comisión por omisión. En J. Urquiza, M. Abanto, y N. Salazar.

(Eds.), *Dogmática penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal*
(pp. 265-320). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

- **Fuentes hemerográficas**

García Caverro, P. (2004). La imputación subjetiva en derecho penal. *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*. 5 (2), pp. 157-170.

Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia*. 18 (3), pp. 242-248.

- **Jurisprudencia**

- **De España**

Poder Judicial (1992). STS 3654/1992.

Poder Judicial (2005). STS 1828/2005.

- **De Perú**

Poder Judicial (1998). Exp. N.º 1384-98.

Poder Judicial (1999). Exp. N.º 4166-99.

ANEXOS

Artículo 13.- El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; y
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

Art. 16.- Tentativa

En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Artículo 23.- El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena

(...)