

BREVES APUNTES SOBRE LA CONFIGURACIÓN EMPRESARIAL E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Alfredo E. Pérez Bejarano*

SUMARIO: I. Introducción. II. Configuración de la organización empresarial y niveles de responsabilidad. III. La Imputación Objetiva en la estructura empresarial. 3.1. Consideraciones sobre la normativización del tipo penal. 3.2. Imputación objetiva del comportamiento. 3.3. Imputación objetiva del resultado. IV. Referencias bibliográficas.

I. Introducción:

La intervención de la empresa contemporánea como actor prevalente en la actividad económica nacional e internacional conlleva a interesarse por los riesgos que se generan en torno a su específica actividad productiva o comercial. Estos riesgos son también considerados por el Derecho penal de diversas maneras. Así pues, por un lado, el legislador penal los puede tipificar a través de preceptos penales específicos (el delito de pánico financiero, por ejemplo); y, por otro lado, en caso tratarse de riesgos hacia intereses jurídicos tradicionales (vida, salud, la propiedad privada, etc.), los operadores jurídicos postularan criterios que permitan discurrir la imputación de aquellos injustos tradicionales en la estructura empresarial (junta general de accionistas, directorio, gerentes, etc.). En este sentido, se puede afirmar que la empresa configura riesgos jurídico-penalmente relevantes¹.

Aquella realidad socioeconómica y su respuesta punitiva constituye el denominado *Derecho penal económico y de la empresa*, un segmento del Derecho penal cuya misión es garantizar el mantenimiento de la vigencia de las expectativas

* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Asistente de cátedra del curso Derecho Penal Parte General en la UCV. Asistente del curso de Derecho penal económico en la maestría de Derecho Penal y Ciencias Criminológicas de la UNT.

¹ Reconoce configuración del injusto penal de la empresa y su consecuente imputación jurídico-penal por el hecho propio, GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, T. I., 2^oe, Grijley, Lima, 2007, pp. 682 y ss.

socioeconómicas que conforman la identidad normativa del sistema económico², el cual es un *sub sistema social* de notable importancia.

La tipificación por parte del legislador penal de nuevas formas de criminalidad económica es un tópico político-criminal que no abordaremos. Sin embargo, pretendemos centrarnos en brindar ciertos alcances de cómo se presenta la imputación objetiva en la estructura empresarial: *Derecho penal de la empresa, en relación a los delitos de dominio cometidos desde la empresa*. Para este cometido, tenemos que comenzar por reconocer, en primer lugar, que los criterios causales o empíricos no constituyen *per se* imputación jurídico-penal; y, en segundo lugar, que la *empresa* es una *unidad organizativa*. Precisamente, teniendo como punto de partida que *la organización modifica los criterios de imputación de injustos penales se puede empezar a resolver de forma más adecuada la problemática suscitada* como consecuencia de que las teorías tradicionales del injusto están muy apegadas a la delincuencia individual³. Así pues, resulta innegable que para determinar responsabilidad penal en una estructura empresarial, habrá que adecuar los criterios de imputación a cómo se configura u organiza esta persona jurídica.

II. Configuración de la organización empresarial y niveles de responsabilidad:

Un sector de la doctrina jurídico-penal contemporánea, siguiendo a la sociología sistémica, reconoce capacidad organizativa a la empresa. Esta capacidad se rige por ciertos cánones, como son: *el principio de división de trabajo, el principio de especialidad, el principio de complementariedad y el principio de jerarquía*. Se trata, en definitiva, de los principios que directamente orientan la configuración del proceso productivo, los que a su vez tienen incidencia directa en la organización de la estructura funcional de la empresa, e indirecta respecto a los criterios de imputación jurídico-penal⁴. Repararnos en el hecho de que al afirmar que aquellos principios

² GARCIA CAVERO, Percy, *Ob. Cit.*, pp. 50 y ss, afirma que el contenido del Derecho penal económico está compuesto por las expectativas que se generan, de un lado, por las estructuras esenciales del *libre mercado* y, de otro, por la *regulación económica* del Estado; todo esto en concordancia con el modelo asumido por nuestra Constitución económica, pp. 44 y s.

³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, p. 121 y ss., reconoce a la empresa moderna, bajo la influencia de estudios sociológicos, como una organización.

⁴ Reconoce estos principios en la doctrina alemana, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Responsabilidad penal y división del trabajo en la actividad productiva*, en *El caso Colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Paredes Castañón y Rodríguez Montañez (Dir.), Valencia, 1993, p. 142; lo sigue, SUAREZ GONZALEZ, Carlos, *Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial "La responsabilidad penal de las sociedades, el actuar en lugar de otro, etc"*, Consejo General del Poder Judicial (Ed.), Madrid, 1994, p. 43; en la doctrina peruana,

tienen *incidencia indirecta* en los criterios de imputación de responsabilidad penal, se hace en el sentido de que el Derecho penal no puede asimilar los cambios del entorno –realidad-, sin que él mismo no haya valorado lo que considera relevante para construir su nuevo componente⁵ –véase *infra* 3.1.-.

Asimismo, la importancia de tener en cuenta la organización empresarial como cimiento de la responsabilidad penal radica en que muchas de nuestras legislaciones –con génesis común de Europa Continental- al haber optado por la vigencia del principio *societa delinquere non potest*, las personas naturales que componen los distintos órganos de gobierno, dirección y producción de una empresa serán quien asuman las competencias de los riesgos típicos que genere en la actividad empresarial⁶.

Ahora bien, por un lado, los principios de *división de trabajo, especialidad y complementariedad* conforman el nivel de *responsabilidad horizontal*, por el cual se entiende que la imputación discurre en *un plano de simetrías competenciales* de las personas que intervienen en el proceso productivo; por lo que, *prima facie*, cada interviniente tiene ámbitos de competencia u organización individual y responden directamente por los resultados lesivos que se produzcan por una mala administración de aquellos ámbitos. En este sentido, la realización de un trabajo en común (proceso productivo), dentro de una misma línea o plano (*horizontalidad*), supone que existe entre las personas que intervienen una división de labores (*división de trabajo*) en función a sus capacidades (*especialidad*), las mismas que para alcanzar el resultado final tienen que entrar en comunión sus resultados parciales (*complementariedad*).

Por otro lado, el segundo nivel de responsabilidad es de tipo *vertical*, el mismo que se construye cuando la estructura empresarial se configura en base al *principio*

MEINI MÉNDEZ, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 47; GARCIA CAVERO, Percy, *Ob. Cit.*, pp. 714 y ss.

⁵ En similar sentido, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Ob. Cit.*, p. 144: “(...) es en este contraste entre los criterios que rigen la determinación de la responsabilidad penal (...) y los principios que regulan la organización del proceso productivo y su función social –socioeconómica- donde hay que hallar el origen de la necesidad de condensar tales principios organizativos en concretas reglas de imputación jurídico-penal”.

⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 133, afirma que: “Si bien se puede asumir que la organización empresarial es un sistema social organizativo que se reproduce sobre la base de decisiones (algunas muy relevantes jurídicamente como la constitución y fin de la personalidad jurídica), la cuestión decisiva es a qué sujeto se imputan normativamente en última instancia dichas decisiones: a la propia empresa o a personas físicas, habiendo optado el sistema vigente por esta última opción (...) Las estructuras organizativas deben ser tenidas en cuenta más bien para desarrollar una responsabilidad de los ciudadanos (personas físicas) de un Estado de Derecho adecuado a la realidad social (...)”, p. 135; GARCIA CAVERO, Percy, *Ob. Cit.*, p. 708: “Se carga así a los miembros de las empresas con mayores competencias de organización e institucionales que las estrictamente personales”.

de jerarquía⁷. En este tipo de organización existe una relación de *subordinación* entre el órgano configurador del proceso productivo y las personas que se encargan de su ejecución; por lo que la imputación se orienta en *un plano de asimetría competencial*, en el cual las personas del proceso productivo dependen del *vértice* de la estructura empresarial donde se ubica la persona u órgano competente de la configuración de este proceso⁸. Así pues, a diferencia de la responsabilidad de tipo *horizontal*, los ámbitos competenciales en los que se desenvuelvan los subordinados estarán configurados por los que integran el *vértice*, los mismos que asumen de modo directo la responsabilidad por algún resultado lesivo producido materialmente por aquéllos⁹. El ejemplo más frecuente son los casos de los acuerdos ilícitos adoptados por órganos colegiados (Directorio o Gerencia) que son ejecutados por sus subordinados¹⁰.

III. La imputación objetiva en la estructura empresarial

3.1. Consideraciones sobre la normativización del tipo penal

La teoría de la imputación objetiva en Derecho penal ha rebasado la razón de ser inicial que tuvo cuando fue extrapolada del campo de la responsabilidad civil extracontractual a comienzos del siglo XX. En su génesis, esta teoría tenía por cometido principal imputar los resultados lesivos. Sin embargo, durante su desarrollo, su objeto también fue incrementándose. Así pues, ya contemporáneamente, la misión de la imputación objetiva consiste en atribuir tanto la *conducta típica* como el *resultado típico* a un hecho de persona responsable. En este sentido, se puede afirmar que esta teoría abarca o comprende el hecho típico en su totalidad pero desde su lado objetivo.

La labor de la imputación objetiva se lleva a cabo mediante la utilización de criterios materiales de atribución de responsabilidad penal, los que se muestran como *correctores* al juicio de subsunción o de adecuación al tipo penal de corte kelseniano. Sin perjuicio de esto, en dogmática penal se han ido dando otros *correctivos* como la diferenciación entre causa y condición a través de la fórmula

⁷ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Ob. Cit.*, pp. 177-178; MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 491.

⁸ SUAREZ GONZALEZ, Carlos, *Ob. Cit.*, p. 44.

⁹ SUAREZ GONZALEZ, Carlos, *Ob. Cit.*, p. 44, en la responsabilidad vertical "(...) interesa *determinar la responsabilidad a partir de la capacidad de organización del trabajo de otros*"

¹⁰ En doctrina, el debate en estos casos no se agota en lo que respecta a la imputación jurídico-penal, sino que continúa sobre el concreto título de imputación; así, sobre las diversas posibilidades, véase, MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, Elena, *La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas*, en *La Responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de Derecho penal*, Raúl Pariona Arana (Coord.), Grijley, 2010, p. 65; GARCIA CAVERO, Percy, *Ob. Cit.*, p. 717.

de la *conditio sine quanon* y *causalidad adecuada* (en el *causalismo*); y la teoría de la *adecuación social* (en el *finalismo*). Sin embargo, el progreso de la *normativización* sobre la base de criterios valorativo-objetivos ha permitido que la dogmática elabore aquel constructo, el cual proporciona un sustrato material para concretizar aquel juicio de subsunción. Así pues, la teoría de la imputación objetiva permite que el juicio de subsunción tenga una justificación formal y material a la vez, pues se encarga de la atribución normativa del hecho típico.

La *normativización* es un proceso complejo de construcción a través de valoraciones realizado por el Derecho penal, el cual se puede entender como una especialidad del subsistema Derecho en el sistema social. Este proceso, en el cual juega un rol muy importante la dogmática jurídico-penal, es propio, más no exclusivo, de los *sistemas funcionalistas*, quienes poseen una línea metodológica de índole *teleológica-valorativa*¹¹. A nuestro juicio, este proceso tiene dos momentos. El primero: *abstracción y valoración*. En este momento, el Derecho penal *abstrae* ciertos elementos del medio social según sus intereses y, seguidamente, los valora bajo los cánones o parámetros sociales en un determinado contexto. Como consecuencia de este primer momento - *abstracción/valoración*-, lo que se recogió y valoró de la realidad social es traducido de sus términos empíricos a su nuevo significado normativo. Este último momento constituye el segundo del proceso de la normativización: *conversión de los conceptos empíricos a normativos*¹². Así pues, se ha producido una categoría jurídico-penal con sentido propio para el Derecho penal. Por esta razón, un mismo hecho puede significar algo dentro del plano empírico y, lo contrario, en el normativo. De modo resumido, en el proceso de normativización es el mismo Derecho Penal quien selecciona elementos empíricos del medio que bajos sus

¹¹ Una breve exposición sobre la aparición en la dogmática jurídico penal alemana de la perspectiva teleológico-valorativa hasta su sistematización, manifestada en los sistemas funcionalistas, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Evolución de la dogmática del Derecho Penal alemán*, en *Estudios de Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 259 y ss, en especial pp. 268-270.

¹² En este sentido, JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Universidad de Externado, Bogotá, 2004, Trads. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, p. 17, quien señala que "... el mundo normativo configura su sistema propio, que, especialmente, no es idéntico con el mundo ordenado en función de satisfacción e insatisfacción (hombre empírico, fuera del orden jurídico) del individuo, y decide autónomamente cuáles son los procesos en el mundo de los sentidos que son relevantes para el mundo normativo y cuál es el significado del que se trata." (paréntesis y agregado es nuestro); con una visión similar a la que mantenemos, ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 26, afirma que: "A mi modo de ver, el tantas veces mencionado fenómeno de normativización de los conceptos jurídico penales, más que una renuncia a la realidad fáctica y a estructura ontológicas, puede que no sea otra cosa que una forma distinta de seleccionar determinadas características de las mismas (proceso de abstracción) que culmina en una redefinición (o renormativización) de los conceptos para darlos a las nuevas formas de concebir las relaciones sociales."; y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La normativización del Derecho penal*, Ara, Lima, 2007, pp. 8s. (prologó), aun que va empezando a delinear sus propios criterios de normativización, su visión general de este proceso coincide con la línea de pensamiento sostenido y citado.

propios criterios considera relevantes, para que después, sobre sus propias valoraciones, les brinde un sentido jurídico-penal; convirtiéndose en conceptos normativos con sentido propio para el Derecho penal.

En este orden de ideas, podemos afirmar que la *normativización* en el tipo objetivo se ha producido de la siguiente manera: los comportamientos sancionados en los tipos penales de la Parte especial del Código penal no son tomados por el Derecho penal en sentido literal, menos en una interpretación empírica de sus términos; por el contrario, la *normativización* proporciona una nueva interpretación de éstos, como consecuencia de que el Derecho penal atribuye un sentido valorativo a los términos lingüísticos que describen aquellos comportamientos. El sentido lo determina la afectación a alguno de los elementos vitales para la dinámica de la sociedad, que a su vez está garantizado por un tipo penal. Consecuentemente, todo comportamiento para ser imputado no basta con su adecuación a la literalidad del tipo bajo una interpretación causal o empírica del hecho, sino, más bien, con su adecuación al injusto.

Asimismo, desde una perspectiva operativa, la *normativización* del tipo objetivo nos brinda criterios que nos conduce a determinar qué hechos se adecuan al injusto típico. Constituye, precisamente, este segundo impacto de la *normativización* el punto de partida para la construcción de la contemporánea estructura de la teoría de la imputación objetiva en Derecho penal.

A nuestro juicio, la *normativización* ha contribuido en la tipicidad objetiva, de un lado, a determinar su sustrato material de imputación; y, de otro, elaborar los criterios que permitan identificar cuándo se produce esta imputación.

Así pues, si la teoría de la imputación objetiva es el constructo que permite atribuir el hecho típico, desde su lado objetivo, al comportamiento de una persona, su ubicación sistémica o nivel de análisis dentro de la teoría del delito será la tipicidad objetiva. Además, debido a su complejidad como constructo, existen voces en la dogmática jurídico-penal que incluso señalan que el tipo penal en su parte objetiva ha sido asimilado por la teoría de la imputación objetiva¹³.

3.2. Imputación objetiva del comportamiento

En este nivel, los criterios están dirigidos a determinar si el comportamiento ha creado el riesgo jurídicamente no permitido, lesionando la expectativa normativa institucionalmente garantizada en un precepto penal (*norma*). Si en caso se

¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 24.

comprobara la relevancia jurídico-penal del hecho cometido, se imputará, en primer término, dependiendo de la clase de delito, el *comportamiento típico* correspondiente. No obstante, la doctrina también ha desarrollado *sub institutos liberadores de la imputación objetiva del comportamiento* que nos permiten enervar una eventual responsabilidad penal¹⁴, los cuales están principalmente ligados a supuestos de intervención colectiva. A continuación abordaremos someramente cada uno de ellos, perfilando los matices que adopta en la criminalidad en el seno de la empresa:

A. El principio de confianza

Este *sub instituto* parte de la premisa que una persona puede confiar en que cuando se interrelaciona con otras, éstas se comportarán de acuerdo a Derecho, o de modo no lesivo¹⁵. Si producto de esta confianza en el actuar de terceros, una persona causalmente produce un resultado lesivo, no se le podrá imputar jurídico-penalmente ni el comportamiento típico ni el resultado típico, puesto que el riesgo no permitido lo generó el tercero. Sin embargo, esta *confianza* es una presunción *iuris tantum*, origina por la necesidad social de mantener su propia dinámica. Así pues, este principio decaerá cuando el actuante objetivamente evidencie que los terceros no se comportaron de acuerdo a Derecho; y, por ende, subsistirá la imputación¹⁶.

En el Derecho penal de la empresa, el *principio de confianza* puede operar perfectamente en los niveles de responsabilidad *horizontal* y *vertical*¹⁷, en razón a cómo esté organizada la empresa y a quién se dirige la imputación.

La *confianza en un nivel de responsabilidad horizontal*¹⁸ se presenta entre los comportamientos de quienes intervienen en un mismo nivel operativo del proceso productivo en virtud de los principios de división de trabajo, especialidad y complementariedad¹⁹. Aquí tenemos, por ejemplo, la labor en la

¹⁴ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Trads. Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, 1998, p. 26.

¹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2º, Marcial Pons, Madrid, 1997, 7/51; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 28 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal*, pp. 296-298.

¹⁶ JAKOBS, Günther, *Ob. Cit.*, 7/54, 7/55; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 29.

¹⁷ Véase, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal*, pp. 303 - 304.

¹⁸ Véase, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Ob. Cit.*, pp. 160 y ss.

¹⁹ Véase, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal*, pp. 304 - 305.

toma de decisiones de los socios, de los gerentes y los directores, dependiendo de la forma y complejidad societaria; así como, ya más en la línea de producción, los operarios de una misma secuencia de ensamblado, donde unos y otros colocan distintos tipos de pieza de un producto de modo secuencial (bicicletas, automóviles, etc.). No obstante, pueden presentarse supuestos en los cuales, aún cuando se haya producido la división de trabajo, una persona asume competencia residual, en virtud de deberes de vigilancia o salvamento, por el trabajo de uno o más de sus *pares*²⁰.

Respecto al nivel de *responsabilidad vertical*, la confianza opera condicionando el trabajo que vienen realizando los subordinados, pues éstos cuentan con un mayor grado de confianza en que las ordenes provenientes de sus superiores -que guían su trabajo- no generarán ningún resultado lesivo que imputarles²¹. Se puede afirmar que en estos supuestos sería difícil alegar, debido a la jerarquización de competencias, que los subordinados puedan objetivamente evidenciar que sus superiores no se comportarán de acuerdo a Derecho o, con mayor propiedad, que sus decisiones tengan consecuencias ilegales; y, por tanto, el principio de confianza operaria siempre²². Sin embargo, en los emblemáticos supuestos de conocimientos especiales, este principio podía decaer, pudiendo afirmarse la imputación jurídico-penal.

B. La Prohibición de Regreso

Quizás es el *sub-instituto* de la imputación objetiva del comportamiento más debatido en la doctrina contemporánea, sobre todo porque de su antigua denominación en doctrina incorporada por FRANK, hasta su actual contenido ha sufrido fuertes transformaciones²³. Según este principio, todo comportamiento socialmente adecuado o inocuo que es tomado por un

²⁰ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Ob. Cit.*, p. 164.

²¹ Véase, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal*, pp. 305 - 306.

²² Similar parecer, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal*, p. 305.

²³ La Prohibición de Regreso formulada por Frank, sin negar la relación de causalidad y procurando establecer correctivos a la teoría de la equivalencia de las condiciones, arriba a la conclusión de que el *favorecimiento imprudente* en un hecho doloso y culpable de otro es *impune*. Esta conclusión es consecuencia de una premisa general: **no toda condición al hecho delictivo es causa del mismo**. Así pues, Frank citado por CARO JOHN, José Antonio, *La Imputación Objetiva en la Participación delictiva*, Grijley, Lima, Perú, 2003, p. 69, (...) **rige una prohibición de regreso en el sentido de que las condiciones que se ubican más allá de una determinada situación no pueden ser vistas como causa: no son causa aquellas condiciones previas a una condición que libre y conciente (de forma dolosa y culpable) condujo a la producción del resultado**. Véase, también, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal*, pp. 355 y ss.

tercero, incardinándolo hacia la realización del hecho delictivo, no es posible de imputación jurídico-penal²⁴. La imputación no se puede afirmar sobre aquella conducta por más que constituya una causalidad en el evento criminal, porque *no guarda un sentido delictivo con éste*²⁵. Este tipo de comportamientos cuyas prestaciones son consideradas como socialmente adecuadas son conocidos en la contemporánea dogmática penal como *conductas neutrales*²⁶. No obstante, la inicial y aparente neutralidad de las *conductas estereotipadas* puede decaer cuando se evidencie el sentido objetivo delictivo de *adherirse* al hecho del autor (*comunidad de sentido*), sentido que adquiere el comportamiento del sujeto cuando incumple su rol general de persona²⁷. En este sentido, en el caso de las conductas inocuas, estereotipadas, socialmente adecuadas o neutrales, la imputación objetiva del comportamiento se afirmará, desplazando a la Prohibición de Regreso, cuando tengan un marcado sentido objetivo delictivo. Ahora bien, para determinar su *adhesión de sentido* habrá que recurrir a *criterios de contexto o circunstanciales*, como la relevancia de la prestación²⁸, etc.

Como es evidente, siendo que la Prohibición de Regreso integra la imputación objetiva del comportamiento, su nivel de análisis se dará en la tipicidad objetiva. Sin embargo, en este plano, cobra vital importancia la problemática de los *conocimientos especiales*, aquellos conocimientos que por razones de formación profesional, técnica u ocupacional permiten saber al que brinda la prestación, por más inocua que sea, que causará un resultado lesivo. La problemática se suscita debido a que aun cuando se trata de un material

²⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 7/59, 7/70, 7/65a; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 30-31; pp. 72 y ss.

²⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 77, afirma: “(...) **entre el autor y la otra persona existe algo en común, pero lo que hay en común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito**”.

²⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 32, sostiene que probablemente esta denominación sea la más expresiva del aspecto nuclear del problema: *el sentido o significado neutral de la intervención con respecto al hecho delictivo al que se refiere*. Asimismo, el mismo autor, *Ob. Cit.*, p. 32, reconoce dos características que nos permitirán su identificación: **un carácter objetivo**, se trata de *conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo*; y **un carácter subjetivo**, por el cual se entiende que *existe el conocimiento por parte de quien las lleva a cabo de su idoneidad para, directa o indirectamente, producir un resultado delictivo*.

²⁷ Cabe hacer la precisión que: **“lo relevante no es si una conducta puede ser calificada como neutral o no, de lo que se trata es de establecer si la parte objetiva de los tipos de participación alcanzan o no a esta clase de conductas”**, véase GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo, *Límites a la participación delictiva: Especial referencia a las denominadas “conductas neutrales”*, en *Normas Legales. Análisis Jurídico*, T. 356, Enero 2006, p. 198, siguiendo a Robles Planas.

²⁸ GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo, *Ob. Cit.*, pp. 207 y s.

informativo –conocimiento-, por ende de índole *subjetiva*, tiene una notoria incidencia al momento de determinar la neutralidad o no de una conducta –índole *objetiva*²⁹. Ante esta situación, la dogmática jurídico-penal contemporánea, partiendo de la idea de que lo subjetivo si puede incidir en lo objetivo, tratándose de un tópico que abarca ambos lados de la tipicidad penal -habida cuenta de que esta división es meramente analítica, influencia de Von Litzth-, se ha decantado por que los *conocimientos especiales se traten en dentro de la tipicidad objetiva*, en específico, en referencia con la Prohibición de Regreso.

Ahora bien, un sector de la doctrina hace la advertencia que primero se debería determinar si la persona con *conocimientos especiales* está ubicada dentro de un *sector regulado* o un *sector no regulado* por el Estado a través de lo que se ha denominado *administración centralizada de riesgos*³⁰. Así pues, si la persona está ubicada en un sector donde el Estado ha regulado lo que *debe conocer* para realizar una determinada labor, lo que sepa o conozca más allá no es relevante jurídico-penal y, por tanto, no imputable. Por el contrario, si se ubica en un sector carente de regulación, *las competencias sobre lo que conozca una persona se amplían* y el Estado, al no restringir este ámbito, le puede exigir que se comporte teniendo en cuenta dicho conocimiento, sino, será imputable.

La Prohibición de Regreso también puede operar en la imputación jurídico-penal dentro del seno de la estructura empresarial. A nuestro juicio, este *sub-instituto* liberador de responsabilidad penal principalmente podría invocarse respecto a las prestaciones de los órganos de asesoría para la toma de decisiones por parte de la Junta General de Accionistas, del Directorio o la Gerencia de una Sociedad Anónima. Por ejemplo, el Directorio solicita al contador de una empresa que elabore un informe en el cual se advierta la actual y negativa situación financiera de la persona jurídica, así como un informe en el cual se mostrará cual serían los datos contables más prósperos para la vida financiera en el mismo período. En la fecha indicada, el contador presenta un informe con dos balances, uno real y uno ideal. Sin embargo, el Directorio presenta ante la Junta General de Accionistas el balance ideal como si fuera la real situación financiera de la empresa. La acción del Directorio podría ser pasible de imputación penal por el delito de administración fraudulenta en la modalidad de proporcionar datos falsos relativos a la

²⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 69.

³⁰ GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo, *Ob. Cit.*, p. 208, llevando hasta sus últimas consecuencias el planteamiento de García Cavero.

situación de una persona jurídica; quedando incluso involucrado el contador, puesto que su informe ha contribuido a la comisión de aquel delito. En este escenario, el contador en su defensa puede alegar una Prohibición de Regreso habida cuenta de que se ha circunscrito a realizar su labor de asesorar en materia contable y de emitir los informes correspondientes. Si los miembros del Directorio han utilizado parte de la información que aquél remitió para falsear la realidad financiera de la empresa, significa que arbitrariamente han incardinado una prestación inocua a la comisión de un hecho delictivo. Por lo tanto, al no presentar la conducta del contador un sentido objetivamente delictivo, opera en su favor la Prohibición de Regreso.

La situación sería distinta si los directores hubieran solicitado al contador que emita unos informes falseando la realidad económico-financiera de la empresa para presentarla ante la Junta General de Accionistas. En este supuesto, por más que el contador alegue que cumplió con su rol de asesorar y emitir informes contables, su comportamiento muestra un sentido delictivo común a lo que pretenden los directores; por lo que, la Prohibición de Regreso no operará, manteniéndose la imputación.

C. El Ámbito de Competencia de la Víctima

Un resultado lesivo puede ser imputado al comportamiento del infractor de la norma penal o a los riesgos generales de vida³¹. Sin embargo, también se acepta el supuesto de que sea el titular de un bien jurídico quien haya realizado por el mismo (*autopuesta*) o haya dejado que otro (*heteropuesta*) realice un comportamiento que ponga en riesgo aquel bien tutelado³². En otros términos, se trata de que sea la “víctima” quien cree un riesgo para su propio bien jurídico. Por lo tanto, la imputación jurídico-penal solamente podrá ser direccionada al mismo titular del bien jurídico afectado. Ahora bien, en el caso de las *autopuestas* en peligro, no habrá *ad initio* causa penal que se pueda enjuiciar; mientras que en las *heteropuestas*, la persona encausada por haber realizado el comportamiento que generó el daño tendrá que ser absuelta, puesto que no se podrá afirmar contra ella imputación objetiva de algún comportamiento que genere el daño típico al bien jurídico de la “víctima”.

³¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 7/72, denomina a este conjunto riesgos como *un complejo determinante de condiciones*.

³² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 32-33; ofreciendo un fundamento dogmático, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal*, pp. 471-478.

En el *Derecho penal de la empresa* este también *sub-instituto liberador* de la imputación objetiva del comportamiento puede operar sin objeciones. A modo de ejemplo, una empresa contratista de mediano nivel decide participar en una Licitación Pública convocada por un Gobierno Regional para la construcción de una represa de agua de gran capacidad. Sin embargo, al revisar las bases del concurso, nota que no cumple con todos los requisitos. Como única salida, esta empresa decide consorciarse con otra de nivel parecido, de quien no tenía mayor referencia y que debido a la premura no obtuvieron la información que brindara un mínimo de seguridad sobre ella; aun cuando ésta se presentó con la imagen de contar con los requisitos necesarios para cumplir con todas bases del concurso, solicitándole a aquella que se ocupe por ambos de todos los gastos administrativos necesarios para entrar al concurso, los cuales ella reembolsarían luego. En virtud del contrato celebrado entre ambas empresas, la primera cubrió casi todas las deudas de la segunda. Sin embargo, al presentarse a la Licitación Pública, son descalificados por no reunir los requisitos mínimos, pues la información financiera de la segunda empresa no cubría, por más consorcio que hubiere, con lo necesitado para ganar la licitación y el otorgamiento de la buena pro. Como resultado de esto, la segunda empresa resultó beneficiada porque la primera le pagó muchas deudas que mantenía, incluyendo las tributarias, quedando ésta con un perjuicio patrimonial considerable. Finalmente, la empresa perjudicada decide denunciar a la otra por el delito de *estafa*.

Se podría decir que en términos causales la empresa que resultó beneficiada ha tenido una actitud tendiente a engañar a su *par* y le ha ocasionado un perjuicio económico. Sin embargo, desde el punto de vista normativo, el riesgo para con el patrimonio de la empresa perjudicada se lo ha generado ella misma, puesto que no ha actuado diligentemente en *pro* de sus propios intereses. Una empresa formalmente constituida, al salir al mercado, debe mantener estándares mínimos de cuidado al momento de contratar, sobre todo al consorciarse. En este sentido, la empresa afectada patrimonialmente, de primera mano, debió agotar todos los medios que brinda la publicidad registral y tributaria para conocer la realidad financiera y societaria de la empresa con la que se iba a relacionar contractualmente para presentarse al concurso público. Por lo tanto, al no haber contado con el cuidado mínimamente exigible hacia ella misma, ha traspasado a su ámbito de competencia el riesgo para con su propio patrimonio; lo que determina que la imputación jurídico-penal decaiga para la empresa beneficiada (precisando que siendo un delito de dominio, la imputación se hubiera dirigido a las personas físicas que se hubieran organizado para engañar a la otra empresa) y, por el contrario, se afirme contra la perjudicada.

3.3. Imputación objetiva del resultado

Como último estadio de análisis sobre la vigencia de la imputación, en un segundo nivel, tenemos los criterios para afirmar o no la atribución del *resultado típico*. Cabe precisar que este nivel solamente será empleado cuando el tipo penal que se pretenda imputar sea uno con un resultado material y temporalmente distante del comportamiento típico: resultado de lesión.

Líneas más arriba ya hemos señalado y sustentado que la imputación objetiva es un correctivo de índole normativo respecto a las explicaciones causales o empíricas de la atribución de un hecho típico. Por lo que, la atribución o imputación del resultado también tiene que transitar por este derrotero metodológico, permitiendo una explicación de consideraciones normativas.

La teoría de la imputación objetiva formula que para la imputación del resultado, el riesgo no permitido creado por el autor debe realizarse en el resultado³³. Siendo que esta realización se presenta cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo³⁴; y es que, como apunta JAKOBS, en la realización de un riesgo se determina el resultado retrospectivamente con la concurrencia de riesgos³⁵. Es decir, se puede afirmar el *curso causal dañoso* solo partiendo de la determinación de la conducta (s) arriesgada concurrente. Por lo que, aun cuando a pesar de existir una conducta no permitida, el resultado típico es consecuencia de otros factores, resultando irrelevante aquella, solo se podría castigar por tentativa³⁶.

En este orden de ideas, se debe concebir que el resultado no es una simple constatación causal de un producto. Un resultado (*consumación*) jurídico-penalmente imputable es un *aumento cuantitativo* de la infracción normativa producida por el comportamiento típico (*tentativa*)³⁷. Por ende, "(...) el resultado, para poder ser imputado al autor, debe ser considerado normativamente como la consumación del comportamiento previamente imputado al autor"³⁸. Esto exige la

³³ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal económico y empresarial*, en InDret, Nº 2, 2009, p. 53.

³⁴ JAKOBS, Günther, *Ob. Cit.*, 7/78

³⁵ JAKOBS, Günther, *Ob. Cit.*, 7/78

³⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal económico y empresarial*, p. 55.

³⁷ GARCÍA CAVERO, Percy, *Ob. Cit.*, p. 396.

³⁸ GARCÍA CAVERO, Percy, *Ob. Cit.*, p. 396.

presencia de una *relación de índole normativa* entre el comportamiento jurídicamente desaprobado y el resultado típico; lo que a su vez implica que ante la concurrencia de varios riesgos (otros comportamientos no permitidos, por ejemplo), solo se imputará objetivamente al autor el resultado si su actuar (u omitir) no permitido generó el riesgo que finalmente se realizó en aquel resultado.

En el *Derecho penal económico y de la empresa*, este nivel de la imputación objetiva no plantea grandes excepciones respecto a otros ámbitos delictivos³⁹, como por ejemplo en la delincuencia común. Normalmente, la imputación objetiva del resultado se discute en el terreno de la *responsabilidad por el producto*, ya que cuando una empresa ofrece en el mercado un bien que al adquirido produce lesiones a bienes jurídicos de los consumidores (salud, integridad física, etc.), la problemática con relevancia penal gira en torno a la cuestión de quiénes dentro de aquella empresa son los responsables por los resultados lesivos producidos. Pero para poder solucionar este problema, se deberá primero responder cómo imputar el hecho, puesto que este tipo de responsabilidad presenta una peculiar situación en el *factum* debido a que entre quienes crean el riesgo típico y los que lo terminan realizando existe un *cisma estructural* que puede variar en función de la complejidad empresarial⁴⁰. Así pues, en una empresa, un órgano de administración puede adoptar un acuerdo con consecuencias ilícitas, lo que implica la *creación de un riesgo no permitido*, sin embargo, dicha decisión tiene que ejecutarse por las personas que laboran en los últimos estamentos de la estructura empresarial, siendo precisamente éstos quienes *realizan en riesgo creado* por aquel acuerdo⁴¹.

Por ejemplo, en una Sociedad Anónima cuyo objeto social es la extracción, transformación y comercialización de minerales auríferos, el Directorio adopta la decisión de construir un vertedero para arrojar sus residuos sólidos, obviando la autorización o aprobación por parte del órgano ambiental competente, en la parte baja de un cerro donde a pocos metros se ubica un asentamiento humano, cuyos pobladores pueden verse afectados en su salud; pero la construcción del vertedero recién estará a cargo de los Trabajadores (técnicos y obreros) de la empresa. Por lo tanto, del caso tenemos que el *Directorio* ha adoptado un acuerdo de consecuencias ilícitas, el cual supone la *creación del riesgo típico del delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos* (artículo 306º), mientras que la construcción del vertedero por parte de los *técnicos* y

³⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal económico y empresarial*, p. 53.

⁴⁰ En el mismo sentido, pero utilizando el término *escisión*, MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Ob. Cit.*, p. 492.

⁴¹ Similar, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Ob. Cit.*, p. 181.

obreros de la empresa, supone la ejecución del acuerdo y, por ende, la realización del riesgo jurídico-penalmente no permitido.

Sin embargo, la problemática de cómo se deberá imputar el hecho encuentra esbozos de solución en la adecuación de los criterios de imputación objetiva del comportamiento a la forma de organización empresarial. Una vez que se haya determinado quienes dentro de la estructura empresarial crearon el riesgo no permitido, luego entonces, nos ocuparemos de determinar si el resultado típico entra en una relación normativa con aquellos comportamientos riesgosos o, por el contrario, si hubieron otros riesgos concurrentes que determinaron de modo directo el resultado, lo que hará decaer la imputación objetivo del resultado.

IV. Referencias Bibliográficas

1. CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003.
2. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.
3. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal económico y empresarial*, en *InDret*, N° 2, 2009.
4. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación Objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002.
5. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La normativización del Derecho penal*, Ara, Lima, 2007.
6. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, T. I., 2ºe, Grijley, Lima, 2007.
7. GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo, *Límites a la participación delictiva: Especial referencia a las denominadas "conductas neutrales"*, en *Normas Legales. Análisis Jurídico*, T. 356, Enero 2006.
8. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2º, Marcial Pons, Madrid, 1997
9. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, 1998.

10. JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Trads. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Universidad de Externado, Bogotá, 2004.
11. MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, Elena, *La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas*, en *La Responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de Derecho penal*, Raúl Pariona Arana (Coord.), Grijley, 2010.
12. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
13. MEINI MÉNDEZ, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
14. PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Responsabilidad penal y división del trabajo en la actividad productiva*, en *El caso Colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Paredes Castañón y Rodríguez Montañez (Dir.), Valencia, 1993.
15. ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
16. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Evolución de la dogmática del Derecho Penal alemán*, en *Estudios de Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2000.
17. SUAREZ GONZALEZ, Carlos, *Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial "La responsabilidad penal de las sociedades, el actuar en lugar de otro, etc"*, Consejo General del Poder Judicial (Ed.), Madrid, 1994.