

**SOBRE LA AUTORÍA DEL JERARCA Y LA EXCULPACIÓN DEL SUBORDINADO EN LA
EMPRESA SEGÚN EL DERECHO PARAGUAYO**

AUTOR: JOSÉ M. FERNÁNDEZ ZACUR ¹

1. EL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA.

La necesidad de encontrar modelos adecuados para resolver los problemas de atribución personal en complejos esqueletos empresariales justifica (en parte) la intrusión de una nueva rama en el Derecho Penal: el Derecho Penal de la Empresa, Derecho Penal Empresarial o Derecho Penal Empresario. Esta especialidad, además de ocuparse de la responsabilidad penal de la corporación como persona jurídica (en los sistemas que admitan dicha posibilidad), analiza los problemas de imputación individual al interno de aquélla. Y sobre esto último hablaremos brevemente.

La complejidad organizacional de los establecimientos mercantiles modernos y su dinámica como conjunción de puestos, secciones, departamentos y divisiones en distintos niveles jerárquicos exigen a la teoría del delito fórmulas adecuadas de *cuoteo* sancionatorio para los hechos punibles surgidos desde la compañía y vinculados a su giro. La empresa no es una estructura plana sino estratificada, que centraliza las decisiones estratégicas relevantes en las altas esferas. Las categorías tradicionales de participación delictiva ponen énfasis en el último eslabón ejecutor atribuyéndole hechos que en realidad son dominados por la plana mayor de la firma.

Endosar la autoría de un delito a quien verdaderamente aparece como *dominador del curso causal* presenta dificultades especiales en los establecimientos de empleo colectivo, donde **el ejecutor material final suele estar alejado y aislado del verdadero o real autor de escritorio (*Schreibtischtäter*)**. De hecho, una de las características principales de la criminalidad empresarial es el **alejamiento cada vez mayor entre los centros de decisión y los agentes ejecutores**. Los miembros del directorio o de los órganos gerenciales no se *ensucian las manos* con las conductas delictivas

¹ Abogado egresado de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Asunción – Paraguay) con término medio **SOBRESALIENTE**. Doctor en Derecho (**SUMMA CUM LAUDE**) por la UNP (Paraguay). Magíster en Derecho Penal Económico Internacional (TFM **SOBRESALIENTE**) por la Universidad de Granada (Granada - España). Postgraduado en Derecho Penal Económico por la Universidad del Nordeste (Corrientes – Argentina). Diplomado en Derecho Penal Económico por la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Belgrano (Buenos Aires – Argentina) con promedio **DISTINGUIDO** y por la Universidad del Pacífico (Asunción – Paraguay). Postgraduado en Derecho Penal Profundizado por la Universidad de la Cuenca del Plata (Corrientes – Argentina). Diplomado en Litigación Oral por la Universidad Americana (Asunción – Paraguay). Diplomado en Compliance por Thompson Reuters Training (Santiago - Chile). Egresado de la Escuela en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen (Gotinga – Alemania), de la Academia de Destrezas en Litigación Oral de la California Western School of Law (San Diego – USA) y del Curso de Extensión en Derecho Penal Empresarial de la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul (Porto Alegre – Brasil). Ex profesor de Lingüística Forense en la Universidad de la Integración de las Américas (Asunción – Paraguay). Ex profesor de Comunicación Oral y Escrita con énfasis en Oratoria Jurídica y Redacción Forense en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Asunción – Paraguay). Autor de varias monografías y disertante en cursos de Grado y Post - Grado.

finales limitándose a concertarlas, coordinarlas, activarlas, determinarlas u ordenarlas para que sean realizadas por los dependientes. Dado que los empleados de rango inferior son fácilmente influenciables, coaccionables o en su caso sustituibles, conviene dirigir la mirada hacia la cúpula que **domina en su completa dimensión el acontecer delictual** reservándose toda la información sobre el hecho punible y controlando sus cauces, medios, así como las estructuras donde aquél acontece.

Este cambio de paradigma que ya no encuentra en el jerarca un mero partícipe (instigador o cómplice) sino al verdadero autor como "dueño" del delito surgido desde su empresa, necesita herramientas dogmáticas que no reparen en la realización del verbo típico sino en la **configuración total de la trasgresión como fenómeno complejo**. Y es aquí donde el Derecho Penal Empresarial encuentra su individualidad científica respecto al Derecho Penal tradicional o también denominado *nuclear*. Al modelo *bottom-up* de la delincuencia tradicional (de abajo hacia arriba) que considera autores a los ejecutores materiales y simples partícipes a los demás, se opone el modelo *top-down* (de arriba hacia abajo) del Derecho Penal Empresarial que deposita la autoría en los altos ejecutivos por su poder de organización y configuración sobre la compañía.

Pero, ¿por qué tanto énfasis en el *board* o junta directiva?. Debido a la propia mecánica operacional de la empresa, donde el último eslabón de la cadena (asociado a la terminación del producto) es tal vez el menos importante por su *intercambiabilidad* y escaso conocimiento del proceso que termina en su persona. Se entiende entonces que sean más importantes los "hombres de atrás" que los "hombres de adelante" y que sean de escasa utilidad los modelos construidos para las formas tradicionales de la criminalidad violenta o patrimonial, caracterizada por la presencia de un autor material y directo que ejecuta por sí mismo el hecho punible. Se plantea así un Derecho Penal Empresario como "de segunda velocidad", con principios distintos al Derecho Penal humanista e iluminista "de primera velocidad" (sistema dual).

2. SOBRE LA DINÁMICA DE LA RELACIÓN ENTRE JERARCA Y SUBORDINADO.

En el día a día del quehacer empresarial, las decisiones son adoptadas desde arriba y ejecutadas por empleados con estímulos motivatorios insuficientes para resistir las órdenes recibidas; ora por la insuficiente información que poseen sobre la entidad de su aporte al contexto global, ora por la predisposición a obedecer en un sistema jerárquico (aún laboral), ora por la natural adhesión a los procesos estandarizados impuestos en un micro-clima corporativo.

En esta interrelación, el hombre de atrás (*Hintermänner*) o autor de escritorio es el encargado de la planificación, organización, coordinación

y vigilancia general de la actividad empresarial encaminada a la consecución del objeto social. No se trata precisamente del accionista o dueño del *factor capital* (salvo que asuma además algún rol directivo). Cuando hablamos de "jerarca" nos referimos "(...) *al administrador de cualquiera de las organizaciones abarcadas bajo el rótulo de empresa; ésto es, al presidente, director, gerente, miembro de la junta directiva o consejo de administración y no a quienes solo ostentan un derecho de dominio sobre los medios de los cuales se sirve la estructura empresarial pues (...), por regla general (...), se mantienen al margen del desarrollo de las actividades empresariales*"². El jerarca representa entonces el *top management*; la actualmente denominada *gobernanza* de la compañía.

Por su parte, el hombre de adelante o subordinado es quien cumple y acata los mandatos recibidos de la plana superior ubicándose en los peldaños inferiores de la unidad de negocio; puede ser dependiente en el sentido que exige el Derecho del Trabajo o prestador civil de servicios pero integrado al plantel laboral con obligación de acatar las órdenes e instrucciones que imparta su contratante.

Cuando el jerarca pre-configura la empresa posibilitando que desde la misma se cometan hechos punibles, responde como autor de éstos aunque los subordinados hayan realizado la acción típica. Y ello por dos motivos: A-) Porque ostenta el dominio integral de la organización (*Organisationsherrschaft*), que absorbe al dominio del hecho final. B-) Porque ostenta una posición de garante sobre la legalidad (*Garantenstellung zur Wahrung der Legalität*) de las acciones de la empresa.

3. FUNDAMENTOS DE LA AUTORÍA DEL JERARCA.

3.1. EL DOMINIO SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y EL DOMINIO DEL HECHO.

Desde que **WELZEL** definiera al autor en 1.939 como "(...) **señor del hecho** (...), que lo realiza en forma final y en razón de su decisión volitiva (...)"³, la *teoría del dominio del hecho* (más adelante desarrollada por **ROXIN**) ha venido imponiéndose a nivel dogmático y legislativo para conceptualizar la autoría penal. El Art. 29 Inc. 2) del Código Penal Paraguayo se refiere al "(...) *dominio* (...)" sobre la "(...) *realización* (...)" del hecho punible.

La teoría del dominio del hecho abandona la versión tradicional de la teoría objetivo-formal según la cual, autor es quien realiza todos o parte de los actos ejecutivos. Desde el enfoque actual, **ostenta la autoría quien**

² ARAMBURO, M., "La delincuencia en la empresa. Problemas de autoría y participación en delitos comunes"; disponible en <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/articulo/view/1301/1173>.

³ WELZEL, H. 1.997, traducción de JUAN BUSTOS RAMÍREZ Y OTRO, "Derecho Penal alemán", Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, Pág. 120.

posee el poder total sobre el hecho y puede **causarlo dirigidamente e incluso suspender su curso de acción**. "El dominio del hecho es el tener entre manos (...) el curso típico de los acontecimientos y este dominio ha de corresponder a cualquiera que pueda al arbitrio de su voluntad **detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global**" ⁴. A riesgo de obviedad, **tales atributos descansan en las cabezas de la organización corporativa**. Y es que, ¿cómo haría un trabajador para enervar voluntariamente un curso causal delictivo cuyos flujos no puede ni remotamente controlar?.

Lo decisivo para la autoría empresarial (de personas físicas) es entonces la **competencia del empresario en su estructura**, que le otorga las prerrogativas necesarias para dirigir los cursos causales que surgen en o desde la misma. Así, **más trascendental que el dominio físico es el dominio normativo que otorga el rol**. El subordinado podrá tener el dominio de la acción puramente ejecutiva o consumativa (*Handlungsherrschaft*), pero el dominio *del hecho* (*Tatherrschaft*) en su dimensión holística o integral lo conserva el jerarca.

El empresario aglutina el dominio sobre los elementos y procedimientos peligrosos del establecimiento (*Oberherrschaft über gefährliche Sachen und Verrichtungen*) y el poder de mando sobre los trabajadores (*rechtliche Befehlsgewalt über die Arbeitnehmer*). Es decir, posee sobre la compañía entera "(...) un derecho de configuración (*Gestaltungsrecht*) con exclusión de otras personas (...) " ⁵ y por ende, un "(...) dominio social típico (...) " ⁶ que terminan endosándole la responsabilidad como autor por los injustos de la organización (*Organisationsunrecht*).

Son los titulares del establecimiento, siempre atendiendo a la diferencia con los simples titulares del capital o accionistas, quienes detentan el rol que les permitiría incrementar relevantemente el riesgo de la actividad productiva o del negocio. Lógicamente, el empresario debe intervenir con alguna acción u omisión concreta vinculada a este rol que desempeñe en el entramado operativo. **Su responsabilidad no es objetiva ni automática sino derivada de un defecto en la configuración del área específica que tenga asignada por competencia**.

El dominio de la configuración (*Gestaltungsherrschaft*) empresarial como forma del dominio del hecho es ejercido en la corporación por la plana

⁴ JAKOBS, G. 2.000, traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, "Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y práctica de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho", Universidad Nacional del Litoral – Rubinzal Culzoni, Buenos Aires – Argentina, Pág. 88.

⁵ BOTTKÉ, W. 1.996, traducción de LUIS GRACIA MARTÍN, "Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica"; separata de VARIOS AUTORES (SANTIAGO MIR PUIG Y OTRO coordinadores), "Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto", Bosch, Barcelona – España, Pág. 135 (citando a GÜNTHER JAKOBS).

⁶ GRACIA MARTÍN, L. 2.012, "La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales"; separata de VARIOS AUTORES (LUIS ARROYO ZAPATERO Y OTROS directores), "Derecho Penal de la empresa", Ediar, Buenos Aires – Argentina, Pág. 286.

directiva que establece los niveles organizativos, administra recursos, establece metas de productividad, emite las órdenes y acopia la información.

La pérdida de proximidad al hecho consumado o completado por el subordinado se compensa por la medida del dominio organizativo que aumenta según se asciende en la escala jerárquica de la empresa.

3.2. DEBERES DE GARANTÍA.

Dado que los delitos empresariales importan la violación activa o pasiva de deberes que tiene el empresario como consecuencia de su rol o competencia contraída, podríamos caracterizar a la criminalidad de empresa como delitos consistentes en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*). En efecto, el directivo que utiliza a la corporación para delinquir quebranta el papel social que debe desempeñar como operador económico.

En la materia que nos ocupa, **la infracción del deber no suplanta ni sustituye sino complementa al dominio de la configuración como criterio determinante del círculo de autores**. Y es que los deberes extrapenales vulnerados por el jerarca derivan de la misma condición dirigencial que le otorga el **dominio sobre la organización corporativa y por ende el dominio del hecho**. No todos los delitos de infracción de un deber son de omisión propia o impropia (del deber); también pueden serlo "(...) *los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez, son garantes en virtud de su incumbencia institucional*" ⁷. Precisamente es el caso de la alta regencia empresarial. Junto a los deberes positivos (cuya omisión genera delitos omisivos) existen deberes negativos de no lesionar a terceros mediante la configuración de la propia organización (cuya omisión genera delitos comisivos). El propio **ROXIN** (que desarrolló esta categoría) reconoce "(...) *adecuado recurrir a la figura jurídica (...) de los delitos consistentes en la infracción de un deber (...) y con su ayuda, fundamentar una autoría de los cargos directivos en tanto se les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad (...) de las acciones de la empresa*" ⁸.

Como los deberes de seguridad para el establecimiento reposan sobre los ejecutivos con derecho de mando y poder de vigilancia, la infracción de aquéllos les adjudicará la autoría con independencia del actuar consciente o inconsciente de los subordinados que carecen de tales obligaciones y poseen así una suerte de "*minoría de edad*" (*Unmündigkeit*) ante sus superiores (en lo referente a la imputabilidad por los delitos de empresa).

⁷ BERRUEZO, R. 2.009, "Delitos de dominio y delitos de infracción de deber", B de F, Buenos Aires – Argentina, Pág. 379.

⁸ ROXIN, C 2.006, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", Revista de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile – Facultad de Derecho (CEJ), Santiago – Chile, N° 7, Pág. 22.

Estos deberes son *deberes de garantía* (*Garantenpflicht*) que derivan de la *posición de garante* (*Garantenstellung*) que posee el directorio sobre la unidad de negocio. Son varios los argumentos que utiliza la doctrina para fundamentar esta obligación de garante-protector (*Beschützergarant*): A-) El actuar precedente (injerencia): por generación de riesgos no permitidos en la propia configuración de la empresa, en su gestión o administración. B-) La obligación de vigilar una fuente de peligro: en la inteligencia de que la actividad empresarial es intrínsecamente riesgosa y apoyándose en normas extra-penales como el Art. 1.846 del Código Civil Paraguayo: "*El que crea un peligro con su actividad o profesión por la naturaleza de ellas o por los medios empleados, responde por el daño causado (...)*". C-) La competencia organizativa: o el deber de mantener a la organización corporativa dentro del riesgo permitido como sinalagma del derecho a montarla y coordinarla con exclusión de terceros (**FRISCH** habla de la *ponderación de intereses*, reparando en que "*(...) no se pueden ejercer las libertades (y las ventajas que resultan de las mismas) y esperar que sean los terceros quienes se preocupen de reducir las posibles dificultades que dicho ejercicio de las libertades pueda causar*"⁹). D-) El dominio sobre la causa del resultado: habida cuenta que el empresario ejerce el control final sobre los materiales peligrosos y el poder de mando (*Weisungsrecht*) sobre los trabajadores, además de poseer un conocimiento global sobre el comportamiento sistémico de la corporación. E-) El recurso al *puesto orgánico* (*Organstellung*), dado que las personas jurídicas actúan "*(...) por intermedio de los órganos establecidos en sus estatutos (...)*" (Art. 96 del Código Civil Paraguayo) y que éstos responden "*(...) ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por violación de la ley o de los estatutos y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades o culpa grave (...)*" (Art. 1.111 del Código Civil Paraguayo). F-) La confianza de la comunidad en los operadores formales del tráfico mercantil como las empresas.

4. ¿CUÁL ES EL "HECHO" QUE DOMINA EL JERARCA?.

Por lo dicho hasta aquí, queda entendido que proponemos como fundamento de la autoría del jerarca por los hechos punibles que finalizan materialmente los subordinados en la empresa, **el dominio ejercido por aquél sobre la configuración del aparato empresarial** (complementado con el **deber de garantía** sobre los *outputs* lesivos emanados de la corporación). Ahora bien, dado que autor es quien posee el dominio *del hecho*, una visión coherente de

⁹ FRISCH, W. 1.996, traducción de JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa"; separata de VARIOS AUTORES (SANTIAGO MIR PUIG Y OTRO coordinadores), "Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto", Tirant lo Blanch, Valencia – España, Pág. 113.

nuestra postura nos induce a sostener que para el Derecho Penal de la Empresa (que posee conceptos dogmáticos propios de *segunda velocidad* como dijimos), "hecho" = "configuración" en lo que hace al directivo. **El "hecho" que domina el empresario es la "configuración" de la empresa y no precisamente la acción ejecutiva que se mantiene bajo el dominio inmediato del inferior.**

De acuerdo a lo anterior, **las actividades configurativas del órgano de dirección no son simples actos preparatorios de los hechos punibles que cometen los empleados; son actos ejecutivos que constituyen tentativa acabada cuando en la representación del administrador, hizo todo lo necesario para que el colectivo empresarial se encargue del resto.** O sea, cuando emite la orden o cuando termina de acomodar los componentes para que la maquinaria funcione por sí misma. En este punto no estamos de acuerdo con **JAKOBS**, para quien la tentativa del gobierno corporativo "(...) *solo puede comenzar con la tentativa del ejecutor (...)*" ¹⁰. **Ya antes el autor de escritorio pudo concluir todo lo necesario según su entendimiento para influir sobre el aparato corporativo y a partir de ese entonces se aprecia el estado de peligro inmediato para bienes jurídicos de terceros que solo falta cuajar o eclosionar con la intervención del subalterno.**

Tratándose de acuerdos adoptados por estamentos colectivos, el voto favorable en alguna cuestión que implique un riesgo jurídicamente desaprobado constituirá tentativa o acto preparatorio (impune) dependiendo de si aquél es o no acompañado por la mayoría. La moción rechazada no es un *acto configurativo* porque de ningún modo incide en la empresa, identificándose con la simple proposición o conspiración e incluso con la fase interna del delito. *"Así entendemos que por regla general estaremos en presencia de actos de ejecución y por ende en presencia de tentativa, cuando se aprueba el acuerdo y sin necesidad de esperar a que se ejecute el mismo (...); si se acepta que el fundamento de la punición de la tentativa se encuentra en la puesta en peligro inmediata del bien jurídico y la inmediatez temporal (criterio objetivo) y en la voluntad del sujeto de conseguir la lesión del mismo (criterio subjetivo) (...), se puede aceptar que desde el instante en que se produce la aprobación del acuerdo ilícito y no antes, se está en presencia de actos suficientemente importantes como para sostener que el bien jurídico ha sido puesto en un estado de peligro relevante (...). En otras palabras, el momento en que los actos preparatorios dejan de ser tales y pasan a ser ya actos propios del inicio de ejecución habrá que ubicarlo, en el ámbito societario, cuando se conforma la voluntad del órgano colegiado con la aprobación del acuerdo ilícito toda vez que a partir de ese entonces se aprecia un estado de peligro inmediato para los bienes*

¹⁰ JAKOBS, G. 1.996, traducción de MIGUEL DÍAZ Y OTRO, "Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos"; separata de VARIOS AUTORES (SANTIAGO MIR PUIG Y OTRO directores), "Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto", Bosch, Barcelona – España, Pág. 79.

jurídicos que se corrobora con la inminencia de la ejecución del acuerdo (...)”¹¹.

5. LA CUESTIÓN SUBJETIVA.

Todo lo dicho hasta aquí tiene sentido en hipótesis donde el jerarca se sirve premeditada y conscientemente del aparato empresarial. Es decir, cuando procede con dolo. Resulta que cuando el inferior es aprovechado como instrumento, no ejecuta el tipo penal sino **realiza actos consumativos en la ejecución que domina y lleva adelante el superior**. Queda degradado a la categoría de medio material para la obtención de fines delictivos y si bien despliega comportamientos causales, no son de interés para el Derecho Penal. Pero cuando esto no ocurre, conserva su individualidad plenamente imputable y debe responder por la perpetración que realice.

Si el empresario quebranta culposamente sus deberes de garante pueden ocurrir dos cosas: A-) Que la situación facilite la comisión de un delito igualmente culposo por el subordinado (el ejecutivo que por descuido contrata a una persona no calificada para determinado puesto). B-) Que el subordinado se valga de la situación para cometer un hecho punible doloso (el empleado que ante la alta demanda de algún medicamento fuera de stock y aprovechándose de los mínimos mecanismos de vigilancia, vende lotes vencidos para obtener comisiones).

En el primero de los casos existirá una autoría accesoria (también llamada paralela o concomitante) imprudente. Empleador y empleado responderán así por el mismo hecho punible culposo. Ambos por violación del debido cuidado: en la configuración empresarial y en la ejecución respectivamente. Para el segundo de los casos hubiese funcionado en principio la prohibición de regreso según la cual, “(...) el *facilitamiento imprudente de un delito doloso no puede ser punible porque el resultado no sería el producto del mismo riesgo sino de la actuación autónoma de un tercero*”¹². Bajo este cristal, se hubiese exonerado al empleador y castigado al empleado por su delito doloso. Sin embargo, una solución así desmerecería todo lo que explicamos en materia de responsabilidad del empresario para con la sociedad por el foco de peligro que administra. Más apropiado nos parece que el empleador responda a título de culpa y el empleado a título de dolo por el mismo hecho punible.

Por otra parte, es perfectamente posible que varios integrantes de la gobernanza violen sus deberes de garantía y realicen actos configurativos

¹¹ MEINI MÉNDEZ, I.F., “Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado”; disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_27.pdf.

¹² TERRAGNI, M.A. 2.013, “Delitos empresariales. Imputación a las personas físicas”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires – Argentina, Pág. 69.

que lleven en conjunto a un mismo resultado típico. Habrá autoría accesoria si falta una actuación conjunta consciente (dolo + dolo sin conocimiento de cooperación o dolo + culpa) y coautoría cuando exista dominio colectivo del hecho con integración expresa o tácita de voluntades. Este último será el escenario más común ante la concurrencia de conductas dolosas de los directores dado que, más que decisión común en el sentido de planificación formal criminal, la coautoría deberá "(...) conformarse en estos casos con una decisión de ajustarse (...) "¹³ que incluso puede manifestarse "(...) mediante una acción concluyente o un silencio colusivo (...) "¹⁴. No obstante, para que exista coautoría todos deben estar enterados de la determinación de todos. De lo contrario existirá coautoría parcial entre los conocedores y accesoria para los demás.

En esta maraña de situaciones donde todos parecen ser autores de una u otra forma, ¿quiénes serán simples cómplices?. Pues aquellos que presten su concurso al hecho punible sin dominar la configuración empresarial (jerarcas) ni ejecutar la acción típica (subordinados). Es decir, aquéllos que sin tener delegados deberes de garantía (de lo contrario se equiparan al jerarca en su esfera delegada) se encuentran entre uno y otro extremo de la pirámide corporativa: los mandos medios. ¿Y quiénes serían instigadores?. Los que sin tener el dominio de la organización ni de la ejecución originan dolosamente la voluntad de perpetrar el hecho punible. Se nos ocurre el caso de los accionistas o titulares del capital. Es importante recordar aquí como premisa de diferenciación que el cómplice se somete a la voluntad del autor mientras que el instigador le proporciona (por inducción o motivación) tal voluntad.

6. EXCULPACIÓN DEL SUBORDINADO.

Todas estas ideas que venimos desarrollando sobre el dominio de la configuración organizativa como dominio del hecho para instrumentar directa o indirectamente a los subordinados nos hacen desembarcar forzosamente en la autoría mediata.

Una construcción que nos parece adecuada para explicar los fenómenos de instrumentación en la empresa es la teoría del dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas (*traftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*) que publicara **ROXIN** en 1.963 (*Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Pág. 193 en adelante) y que ha recibido un sinnúmero de ajustes doctrinarios y jurisprudenciales.

¹³ JAKOBS, G. 1.997, traducción de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS Y OTRO, "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Marcial Pons, Madrid – España, Pág. 747.

¹⁴ MAURACH, R. Y OTROS 1.995, traducción de JORGE BOFILL GENZSCH, "Derecho Penal. Parte General", Astrea, Buenos Aires – Argentina, Pág. 380.

La empresa es categóricamente un aparato organizado de poder donde no es decisiva la persona individual del ejecutor final. La plana directiva tiene la facultad de remover, reubicar e incluso despedir empleados para asegurarse la realización de la conducta ulterior. Los subordinados son fungibles e intercambiables, así que el empresario "(...) *puede confiar en que se cumplirán sus instrucciones pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar de modo que éste, mediante su negativa a cumplir la orden, no puede impedir el hecho (...)*" ¹⁵. La corporación está a disposición del superior que configura su estructura y procesos; bastará un *empujón* suyo para que se desencadenen los cursos causales finalizados por quienes ocupan los escalafones más bajos.

Las soluciones que alternativamente ofrece la doctrina nos parecen insuficientes para explicar los fenómenos de aprovechamiento criminal verticalista en la corporación: A-) Instigación (Art. 30 del Código Penal Paraguayo): además de las inconveniencias de considerar mero partícipe al jerarca por las derivaciones de la *accesoriedad*, queda claro que aquél no determina de manera personal al subordinado (a quien muchas veces ni siquiera conoce) sino que ejerce su influencia sobre la estructura que integra el ejecutor; además, el hombre de atrás no permanece como el instigador fuera del suceso dejando a cargo del hombre de adelante la decisión acerca de si y cómo se consumará el tipo; muy por el contrario, queda como centinela del flujo delictivo para mantener o cambiar piezas según sea necesario para el éxito de aquél. B-) Complicidad (Art. 31 del Código Penal Paraguayo): cómplice es quien colabora en un supuesto típico sin tener dominio del hecho. Esta simple definición formulada negativamente excluye la posibilidad de que el empresario venga a ayudar en un hecho realmente suyo, que puede impedir o hacer avanzar a su albedrío. C-) Coautoría (Art. 29 Inc. 2) del Código Penal Paraguayo): no puede haber coautoría entre empleador y empleado porque los mismos no se encuentran en plano de igualdad y "(...) *para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno de varios otros (...)*" ¹⁶. La coautoría tiene como presupuesto una conducta coordinada en el plano horizontal mientras que por regla general, **la conducta coordinada en sentido vertical da lugar a la autoría medita.** D-) Comisión por omisión (Art. 15 del Código Penal Paraguayo): la posición de garante que ostenta el directivo sirve para categorizarlo como autor de delitos de infracción de un deber pero no precisamente omisivos sino **activos** (salvo que no cambie y mantenga una situación de peligro advertida que preexistía a su presencia en la compañía). El jerarca realiza **conductas configurativas positivas** en la ejecución de su política estratégica; sea

¹⁵ AMBOS, K. 1.998, traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, "Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, Pág. 15.

¹⁶ BACIGALUPO, E. 1.996, "Manual de Derecho Penal. Parte General", Temis, Bogotá – Colombia, Pág. 197.

que emita órdenes expresas o que solo predisponga los recursos humanos o materiales de la empresa. Pero sea como fuese, *hace* o *actúa*. La infracción del deber de garantía traslada la autoría activa del empresario al momento de la configuración organizativa que termina condicionando el delito concluido en los estratos inferiores.

Se comparta o no esta tesis (rechazada, nobleza obliga a decirlo, por una gran mayoría doctrinaria), "(...) *a través de la aplicación en el ámbito empresarial de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, se intenta fundamentar la punibilidad de los directivos o dueños del negocio afirmando igualmente la responsabilidad de los niveles inferiores (...)*"¹⁷. Bajo nuestra óptica en cambio, **el empleado ejecutor debe quedar excluido de toda responsabilidad penal porque su conducta es neutral y adecuada al rol que desempeña en la empresa**. Ni siquiera "(...) *es relevante que el subordinado que ejecuta directamente el hecho obre dolosamente o con conocimiento de antijuridicidad*"¹⁸.

La fungibilidad del subordinado que le impide abortar (al menos definitivamente) los decursos delictivos, su falta de potestad decisoria, su *maleabilidad* en función a los condicionamientos psicológicos por estímulos motivatorios positivos y negativos, la relativización de sus facultades inhibitorias en una estructura jerárquica y su falta de visión global, **le niegan definitivamente el dominio configurativo y por ende, el dominio del hecho en los delitos empresariales**. Siendo así, no puede ser considerado autor de los mismos. **Pero tampoco puede ser tenido como partícipe**.

Los que incrementan el riesgo en orden a la imputación objetiva de resultados dañosos dimanados de la empresa no son los subalternos que hacen de *fusibles* sino los superiores que ostentan la disponibilidad sobre la configuración central del acontecimiento. "*Una conducta es neutral cuando expresa el cumplimiento de los deberes que forman parte de un rol social*"¹⁹. Cuando el trabajador realiza la tarea que le toca en la empresa se ajusta a su rol como dependiente en el organigrama desentendiéndose de los resultados dañosos aunque hubiese tenido conciencia sobre la significación criminal de su aporte. **Las prestaciones neutrales (estereotipadas) escapan al interés del Derecho Penal sin considerar los aspectos del conocimiento o subjetivos**.

¹⁷ GÓMEZ JARA DÍEZ, C. 2.006, "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio en la organización?. Algunas consideraciones críticas", Cuadernos de Política Criminal, Dykinson, Madrid – España, N° 88, Pág. 123.

¹⁸ YACOBUCCI, G. 2.004, "Algunos criterios de imputación en la empresa"; separata de VARIOS AUTORES (PERCY GARCÍA CAVERO coordinador), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes", Ediciones Cuyo, Mendoza – Argentina, Pág. 395 (citando a GÜNTHER JAKOBS).

¹⁹ CARO JHON, J.A., "La impunidad de las conductas neutrales. A su vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho Penal"; disponible en www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/conductas_neutrales.doc.

Si el empleado ejecuta las labores que tiene asignadas por el empleador y que a pesar de su conocida orientación delictual no escapan a las actividades que normalmente se cumplen en las empresas del ramo, aquél no se desprende de su rol y por ende no será destinatario de la imputación objetiva del desenlace típico (aun cuando hubiese puesto la última condición para el mismo).

Se trata de una prohibición de regreso *al revés*, donde no importa la última conducta del subordinado (que en la versión tradicional impediría regresar sobre las anteriores) sino las precedentes y relevantes del jerarca (que en nuestra adaptación para el Derecho Penal de la Empresa impiden valorar las posteriores).

Por otra parte, si afirmamos que el hombre de adelante es un verdadero *instrumento* del hombre de atrás, debemos ser coherentes deslindando de responsabilidad penal al primero desde que nunca se ha visto la criminalización de los *objetos materiales* utilizados para cometer hechos punibles. Y es que el subordinado queda reducido a esto último desde la atalaya del jerarca, que lo tiene como herramienta impersonal y anónima para delinquir. Es totalmente irrelevante la contribución de un operario (incluso realizadora del tipo) que pudo prestarla cualquier otro en el contexto global de la actividad organizada por los directivos.

Como si todo lo anterior fuese poco, "*(...) la traslación de la punición hacia abajo es un medio inadecuado para luchar contra la criminalidad económica (...) debido a la ausencia de una incidencia directa en la disposición criminal de la asociación*"²⁰.

La redacción del Art. 29 Inc. 1° (segunda parte) del Código Penal Paraguayo permite esta hermenéutica al no condicionar el carácter de instrumento a la ausencia de su responsabilidad penal por coacción, error o inimputabilidad. El jerarca puede "valerse" (terminología de la legislación paraguaya) del subordinado reduciéndolo a la condición de simple herramienta funcional, incluso si la conducta del ejecutor reviste (con los condicionamientos señalados más arriba) todos los presupuestos necesarios para su punibilidad.

²⁰ ACHEMBACK, H. 1.995, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán"; separata de VARIOS AUTORES (JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ director edición española), "Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal", Bosch, Barcelona – España, Pág. 395.