

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Prof. Dr. Adán Nieto Martín

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2002

<http://www.cienciaspenales.net>

Autoría y participación en el Derecho penal económico

Prof. Dr. Adán Nieto Martín*

I. Los delitos económicos como delitos especiales: actuaciones en nombre de otro y participación en delitos especiales.

Gran parte de los delitos económicos son delitos especiales. Autores solo pueden ser aquellos – *intraneus* - que reúnan las características exigidas por el tipo (deudor, obligado tributario, beneficiario de una subvención, administrador de hecho o de derecho etc.). La construcción de una figura como delito especial supone una importante decisión valorativa por parte del legislador que entronca con el carácter fragmentario del derecho penal. Pues con ello indica que de todo el espectro de los comportamientos lesivos para el bien jurídico protegido únicamente le parecen lo suficientemente graves los procedentes de sujetos que tienen un especial vínculo, una especial cercanía con el bien jurídico protegido. Si el mismo comportamiento lo realiza otro persona que no reúne las notas que caracterizan al autor el legislador lo considera impune, o al menos no lo sanciona penalmente. Y es que en ocasiones el mayor desvalor de la conducta del *instraneus* es el criterio utilizado para distinguir entre la sanción penal y la administrativa.

Ejemplos: a) No resulta típica en el marco del art. 290 del CP la conducta del director del departamento de contabilidad de la empresa X que realiza conscientemente ciertas anotaciones ficticias en las cuentas anuales de espaldas a los administradores que firman las cuentas estando convencidos de su exactitud, pues sujetos activos del art. 290 únicamente pueden ser los administradores de hecho o de derecho;

b) El particular que invierte en bolsa utilizando una información privilegiada no comete el delito de abuso de información privilegiada, pues autores del art. 285 sólo son aquellos que hayan “ tenido acceso reservado (sic. a la información) con ocasión del ejercicio de su

* PROPUESTA DE CITA: Adán Nieto Martín: Autoría y participación en el derecho penal económico. 2002. Portal Iberoamericano de Derecho penal. (<http://www.uclm.es/idp>).

actividad profesional o empresarial" . El particular únicamente realizaría la infracción administrativa prevista en la LMV (arts. 81.2. y 99 o).

Las razones últimas en las que se apoya este especial desvalor de la conducta del *instraneus* pueden ser variadas. Aunque esta afirmación podría ser matizada, cabe señalar que lo común a todos los casos es que el *instraneus* tiene un especial deber hacia el bien jurídico que es distinto, más intenso, al del resto de los ciudadanos (*extraneus*). La infracción de este deber es lo que hace más reprochable su ataque al bien jurídico. En este sentido la doctrina, particularmente alemana, designa a los delitos especiales como *delitos consistentes en la infracción de un deber*. Y de ello extrae importantes consecuencias dogmáticas en materia de autoría y participación. En este tipo de delitos el criterio que determina la diferencia entre autores y partícipes no es el dominio del hecho – como ocurre en la generalidad de delitos (*delitos de dominio*) - sino la infracción del deber (ROXIN). Todos los que infringen sus deberes hacia el bien jurídico sea cual sea su grado de participación en los hechos serían autores. Esta doctrina no es compatible con el art. 28 del Código penal español que exige para ser autor la realización del hecho, requisito que es válido para todos los tipos de la parte especial, salvo que el legislador lo exceptúe expresamente. Interpretar que existen figuras dentro de la Parte especial en las que este requisito no resulta necesario y que basta con infringir un deber para ser autor atenta contra el principio de legalidad.

Ejemplo: en el delito de administración desleal (art. 295) serían responsables a título de autor, si se siguiese la teoría de la infracción del deber, todos los administradores que han conocido o planeado los hechos, aunque posteriormente en fase ejecutiva los concretos actos de disposición -la venta del bien de la sociedad a un precio espectacularmente bajo – se realice únicamente por un administrador que sería el que tendría el dominio del hecho. Pues lo importante a la hora de establecer la autoría según la doctrina de los delitos consistentes en la infracción de un deber no es el dominio, sino en este caso la infracción del deber de salvaguarda patrimonial que a todos los administradores compete. Por el contrario aplicando el art. 28 CP y el criterio del dominio del hecho sólo el administrador que realiza la acción de disposición resulta autor, mientras que el resto serían cómplices – o partícipes necesarios - en comisión por omisión.

El rechazo de las consecuencias que para la autoría tiene el concepto de infracción del deber nos conduce sin embargo a cuestiones bastante complejas, pero que tienen gran trascendencia en los delitos económicos. Un primer problema es el denominado *instrumento doloso no cualificado*.

Ejemplo: en una empresa en situación de insolvencia el superior tolera que un tercero se apodere de un aparato técnico de gran valor. En cuanto que el tipo de alzamiento de bienes (art. 247) sólo puede ser cometido por el deudor, en este caso la empresa, y por aplicación del art. 30 el superior (administrador), ¿cómo ha de calificarse la conducta del superior?.

La solución ciertamente depende del tipo penal. En ocasiones el legislador resuelve especialmente este problema. Así, retomando el ejemplo anterior, si la empresa en hubiese sido declarada ya en quiebra, lo que supone que en lugar del delito de alzamiento de bienes sería de aplicación el art. 260, no existiría ningún problema para considerar autor al superior, en cuanto que este precepto considera típicos tanto los casos en los que el propio deudor (o su representante en el caso de ser una persona jurídica, art. 30 realizan los hechos), como cuando otra persona “ actúe en su nombre” . Cuando no ocurre esta circunstancia otra posibilidad es considerar que el superior intraneus es autor en comisión por omisión del delito especial ya lo realice un tercero ajeno a la empresa o un subordinado suyo. Si el intraneus llega al extremo de inducir a un extraneus para que realice la conducta típica se puede apreciar sin más una autoría mediata.

La cuestión más antigua anudada a este grupo de delitos es *la forma en que ha de sancionarse a quién es partícipe en un delito especial*: si, como hemos indicado, el delito especial - o el quantum de la pena en los delitos especiales impropios - se fundamenta en un mayor contenido de injusto fruto de la especial relación que une al autor con el bien jurídico, cómo ha de sancionarse a quien participa en el hecho sin ser intraneus. La pena o la propia existencia del delito especial resultan proporcionales al grado de injusto del comportamiento de autoría

del *intraneus* esta resulta desproporcionada cuando se aplica al partícipe *extraneus*. Esto resultará evidente cuando el partícipe sea considerado cooperador necesario, pues entonces recibirá la misma pena que el autor. Pero también si se trata de un cómplice, pues la rebaja en la pena se realiza sobre el marco penal asignado al autor *intraneus*.

Algunos Códigos penales resuelven este problema de un modo expreso y contemplan una atenuante específica para estos supuestos (§ 28 (1) StGB: “ En la participación (complicidad o inducción) se atenuará la pena conforme al § 49.(1) cuando falten los elementos personales especiales que fundamentan la punibilidad del autor”). En nuestro caso la jurisprudencia intentó conseguir efectos parecidos en los casos de delitos especiales impropios a través de la ruptura de la unidad del título de imputación aplicando el art. 65 del Código penal. Más con independencia de la bondad de esta solución, lo cierto es que la mayoría de los delitos económicos son delitos especiales propios, por lo que ese camino resulta impracticable. La jurisprudencia del TS en relación al delito fiscal y también al alzamiento de bienes ha generado una solución a este problema que a mi juicio puede ampliarse a todos los delitos especiales: la aplicación de una atenuante analógica consistente en la no concurrencia de la causa persona que fundamenta la punibilidad del autor (art. 21.6). Su fundamento sería similar al § 28 del StGB, el menor grado de injusto del partícipe no cualificado al no infringir a diferencia de lo que ocurre con el autor deber especial alguno. Esta solución permite además distinguir las penas de aquellos los partícipes cualificados, en cuanto que a los *intraneus* sin dominio del hecho no les sería lógicamente de aplicación.

Ejemplo: *J* administrador de *SXA* presenta una declaración tributaria falsa mediante la que comete un delito fiscal (art. 305). En la comisión del delito ha sido de gran importancia el papel del asesor fiscal de la empresa – el abogado *Y*– sin cuya colaboración técnica *J* no hubiese sido capaz de realizarlo (cooperador necesario). Pero también la del contable de la entidad *P*, que ha prestado un auxilio relevante a su comisión (cómplice). *SXA* tiene un segundo administrador *M* más desvinculado de la gestión de la empresa, pero que ha sido consciente en todo momento de la preparación y comisión del delito. La solución propuesta llevaría a sancionar a *J* como autor, a *Y*

como partícipe necesario pero rebajando su pena mediante la atenuante, a P como cómplice, atenuando su pena mediante la atenuante y a M como cómplice pero sin atenuar su pena, pues concurre en él la relación especial con el bien jurídico – es un *intraneus* - aunque no el dominio del hecho.

Pero el problema más importante que los delitos especiales han planteado en el ámbito del derecho penal de la empresa ha sido el siguiente: el que el delito especial se construya legalmente a partir de una determinada relación entre una determinada clase de personas, señaladas expresamente por el tipo (deudores, obligados tributarios), y un determinado bien jurídico origina importantes lagunas de punibilidad cuando un tercero no mencionado expresamente en el tipo pasa a ocupar una posición idéntica a la que tienen los *intraneus*. El supuesto más importante desde el punto de vista práctico, y sobre el que primero se reparó, fue el derivado de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. En la experiencia española la mayoría de los supuestos se produjeron en torno al delito de alzamiento de bienes, que constituye un delito especial en el que para ser autor es necesario tener la condición de deudor. Como desde el punto de vista del derecho privado el administrador de la sociedad que realizó o dirigió la operación de alzamiento no es deudor vulnera el principio de legalidad sancionarle por delito de alzamiento de bienes. Pese a ello cabe indicar que la jurisprudencia española durante la década de los setenta acudiendo a un modo de interpretación fáctica, esto es desvinculada de las reglas civiles, resolvía el problema considerando al administrador como deudor real a efectos penales.

Con el fin de solventar este problema y dar cobertura a esta jurisprudencia, en 1983 se incluye en la Parte General un precepto – art. 15 bis CP 1973 - denominado actuaciones en nombre de otro antecesor del actual art. 31, cuya función reside en ampliar el círculo de autores dentro de los delitos especiales, convirtiendo en nuevos *intraneus* los casos más frecuentes o importantes en los que terceros pasan a ocupar una posición similar a la de los *intraneus* originarios con el bien jurídico. Para el art. 31 estos supuestos son: los administradores de hecho o de

derecho de una persona jurídica o los representantes legales o voluntarios de personas naturales. De este modo los delitos especiales deben leerse conjuntamente con este precepto general.

Ejemplo: Tras efectuar esta lectura conjunta el delito de quiebra (art. 260) señala lo siguiente: “ El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos o, si se trata de una persona jurídica, el que actúe como su administrador de hecho o de derecho o, si se trata de una persona natural, su representante legal o voluntario será castigado...cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente...” .

Es verdad que en la realidad pueden producirse más situaciones en las que un tercero no perteneciente al conjunto de los autores originarios pasa a tener una posición similar con el bien jurídico. Y es verdad también que esto se solventaría redactando las actuaciones en nombre de otro de modo distinto. Tal como propone Schünemann en Alemania o Gracia Martín entre nosotros en vez de configurar esta cláusula de modo formal, nombrando nuevamente un círculo algo más extenso de *intra-neus* debería redactarse explicitando el criterio material que justifica y fundamenta las actuaciones en nombre de otro: “ Si el fundamento o la magnitud de la pena dependieren de la realización u omisión de la acción en el ejercicio de funciones definidas por características especiales que describan al autor, también se aplicará el precepto penal que así lo determina al que, careciendo de aquellas características, hubiere asumido realmente el ejercicio de aquellas funciones y realizare u omitiere la correspondiente acción” (Gracia Martín). La opción del legislador español, al igual que antes la del alemán (§ 13 StGB), intenta conjugar justicia y taxatividad, por lo que ha preferido explicitar el nuevo círculo de autores de delitos especiales. La ampliación sólo es posible, por ello, cuando se tiene la cualidad de administrador de una persona jurídica o representante de una persona natural. El CP de 1995 solventó además dos de las lagunas de punibilidad más significativas del art. 15 bis con la inclusión de los administradores de hecho y la representación de personas naturales.

Conforme a cuanto acaba de indicarse, la conjunción de criterios materiales y formales para la aplicación del art. 31 requiere de estos dos pasos:

(a) En primer lugar ha de constatarse obviamente la cualidad de administrador o representante. Ahora bien, conforme al criterio material, es preciso comprobar que efectivamente este posible “ nuevo autor” ocupa una posición materialmente idéntica en relación al bien jurídico que los originarios. Si no es así por mucho que sea administrador o representante e incluso aunque haya realizado la conducta típica no será autor, sino a lo más partícipe. Esta cuestión es sobre todo de interés a la hora de evaluar la responsabilidad de los “ hombres de paja” .

Ejemplo: la señora X, que es administradora de la sociedad Y, dirigida realmente por su marido M, que no ocupa ningún cargo dentro de la empresa, no es responsable penalmente, al menos como autora, de un delito de alzamiento de bienes, por mucho que incluso tuviera un conocimiento genérico de las operaciones de descapitalización que estaba efectuando su marido.

(b) Una vez constatada la existencia cierta del “ nuevo intraneus” ha de comprobarse que efectivamente concurren en él el resto de los requisitos subjetivos (dolo, ánimo de lucro o cualquier otro elemento subjetivo del injusto) y objetivos (realización de la conducta típica y dominio del hecho) necesarios para ser considerado autor. Y es que el art. 31 en ningún caso debe interpretarse como una suerte de cláusula de responsabilidad del superior que autorice a imputar automáticamente al administrador cualquier hecho delictivo que tenga lugar en el seno de la empresa. El administrador como cualquier otro intraneus originario debe realizar el resto de los elementos, objetivos y subjetivos del tipo.

Ejemplo: el administrador A de la sociedad X, que ha eludido el pago de 30.000.000 de pts. del impuesto sobre sociedades, no es automáticamente autor de un delito fiscal. Es preciso demostrar que ha sido él, sólo o conjuntamente con otros, quien ha realizado dolosamente el comportamiento que ha generado el perjuicio patrimonial a la Hacienda pública.

Para un sector de la doctrina sería preciso demostrar además que la persona en cuestión actúa verdaderamente en representación de la empresa. Lo que les llevaría a negar la aplicación de las actuaciones en nombre de otro en estos dos grupos de casos:

. Cuando el autor actúa perjudicando a la empresa, pues entonces no puede decirse que obre como representante.

Ejemplo: el administrador de la sociedad X que ante la inminencia de la declaración de suspensión de pagos, consigue que los bienes más importantes de la sociedad se pongan a nombre de empresas que él domina, con lo que impide cualquier posibilidad de recuperación y agrava la crisis económica, al no haber actuado “ en representación” de la empresa no podría ser sancionado por un delito de quiebra, sino que habría de serlo por apropiación indebida o administración desleal. Esta es, por ejemplo, una línea jurisprudencia asentada totalmente en Alemania

El segundo supuesto es aquél en el que no existe verdadera administración porque en realidad no existe una persona jurídica, en sentido material, a quien representar sujeto. Se trata de los casos de empresas que son ficticias, sociedades de pantalla, que no tienen ninguna actividad real. En estos casos el TS español no utiliza el art. 31 del Código penal, sino que ha acogido la doctrina, generada en el derecho de sociedades, del levantamiento del velo y que le permite considerar directamente autores a quien están detrás de la entidad ocupen o no cargos de administradores en la misma.

Ninguna de estas dos interpretaciones resulta correcta, pues la premisa de la que parten resulta falsa. Tal como se ha indicado las actuaciones en nombre de otro no se fundamentan en una relación de representación entre el autor y la persona jurídica o persona natural, sino en una relación material entre el “ nuevo autor” y el bien jurídico protegido. Una vez que se constata conforme a lo dicho anteriormente que el intraneus es administrador o representante, la relación material es el único factor decisivo y no que los hechos se hayan realizado precisamente ejerciendo labores de representación. Retomando el ejemplo anterior: dada la capacidad de disposición y de actuación del administrador sobre el patrimonio de la sociedad X ocupa una relación idéntica en relación al derecho de crédito de sus acreedores que cualquier otro deudor con capacidad para gestionar y disponer de su propio patrimonio. En lo referente a la utilización de la doctrina del “ levantamiento del velo” quizás tuviera razón de ser cuando la cláusula de las actuaciones en nombre de otro no mencionaban la figura del

administrador de hecho, pues era la única forma de sancionar al “ hombre de atrás” que utilizaba una sociedad de pantalla, por ejemplo para eludir sus cargas fiscales, pero no ocupaba puesto alguno en la dirección de la misma. Una vez que el art. 31 recoge la figura del administrador de hecho, como en seguida va a estudiarse, ésta debe ser de aplicación.

II. Conceptos de administrador de hecho y de derecho.

Los conceptos de administrador de hecho y de derecho son utilizados por el CP en dos contextos diferentes, el art. 31 y los delitos societarios (art. 290 y ss). En el marco de las actuaciones en nombre de otro (art. 31) designan la posición de aquellas personas naturales que pasan a ocupar la posición de *intraneus*, cuando la cualidad requerida por el tipo recaía sobre una persona jurídica. En el caso de los delitos societarios nos señalan simplemente los sujetos activos de estos delitos. Es posible que encontrar un punto de intersección entre ambas normativas. En nuestro ordenamiento (art. 125 LSA) es posible que una persona jurídica pueda ser administradora de derecho de otra persona jurídica, caso en el que ésta sería en principio el intraneus originario del delito societario. La responsabilidad de la persona natural que respresenta a la persona jurídica en la administración de la otra empresa se alcanza de nuevo aplicando el art. 31 y habrá de considerarla administrador de derecho.

La determinación de quiénes son administradores de derecho y de hecho es cuestión polémica. El primer punto sobre el que gira el debate radica en decidir si el significado de estos términos debe ser el mismo que el que ya poseen en el derecho de sociedades o por el contrario deben ser interpretados autónomamente a la luz del derecho penal. La opción tiene importancia práctica sobre todo en lo que concierne al administrador de hecho, pues este término se interpreta de modo muy estricto en el derecho privado, con lo cual serían escasos los supuestos de administradores de hecho. La doctrina mayoritaria se sitúa en un término medio: interpreta el concepto de administrador de derecho siguiendo las pautas del derecho privado y por el

contrario realiza una interpretación fáctica, autónoma, del concepto de administrador de hecho.

Los administradores de derecho serían para la opinión dominante únicamente aquellas personas que de acuerdo con el derecho de sociedades pueden designarse como administradores y cuya función es representar y gestionar a la entidad. Igualmente habrán de considerarse administradores de derecho a los administradores que: a) han sido nombrados por la sociedad y han aceptado el cargo, pero no han sido inscritos aún en el Registro mercantil; b) ejercen el cargo sin haberlo aceptado expresamente y c) siguen ejerciendo su cargo pese a que ya ha concluido su tiempo de mandato. Una lectura atenta de los diversos preceptos del derecho mercantil que se ocupan de estos supuestos lleva a la conclusión de que todos ellos son administradores de la sociedad (más detalles en Castro Moreno, Faraldo Cabana). De no aceptarse esta opinión habrían de ser considerados administradores de hecho. La polémica, por tanto, carece de interés desde un punto de vista práctico.

El concepto verdaderamente clave y complejo es, por tanto, el de administrador de hecho, en el que la doctrina mayoritaria incluye a los factores y mandatarios (directores generales, gerentes etc.) liquidadores, promotores, administradores judiciales etc (vid. Faraldo Cabana, 2000; personalmente mantengo en este punto una opinión distinta vid. Nieto Martín, 1996). La existencia de un administrador fáctico depende de una serie de requisitos que tiene carácter general y de otros que dependen de la concreta figura delictiva sobre la que esta construcción desee proyectarse.

Las exigencias generales son dos:

(a) Poseer un ámbito de decisión autónomo en un sector de la actividad de la empresa, o dicho de otro modo: haber asumido de modo real las funciones de gestión que caracterizan a todo administrador. Lo que además llevará implícito

generalmente el ejercitar esta función de modo permanente. Ahora bien, lo que acaba de indicarse no significa que el administrador fáctico necesariamente debe haber asumido un número de competencias de gestión similar a la que tiene el administrador de derecho. Pues incluso entre los administradores de derecho no todos tienen igual poder dentro de la empresa. Lo relevante es la asunción de la función en el sector en el que después se realizará el hecho delictivo en concreto.

Resulta totalmente posible que el administrador fáctico además comparta su poder con otros administradores de hecho o de derecho. En este caso la distribución de responsabilidad se realizará siguiendo los criterios que desarrollaremos posteriormente, sin que exista particularidad alguna (vid. supra III).

(b) Internamente la sociedad debe reconociendo o al menos tolerando el que ejerza las funciones asumidas. Cuándo existe un reconocimiento suficiente es una cuestión de prueba y que puede variar caso a caso. De este modo, si la administración fáctica se produce en las altas esferas de la sociedad no es necesario, por ejemplo, que los empleados conozcan este hecho, sino que es suficiente con que personas relevantes conozcan y toleren la administración fáctica. En general podría decirse que basta con que exista el reconocimiento o la tolerancia para que efectivamente puedan realizarse correctamente el “ poder” asumido.

(c) Para un sector doctrinal la existencia de un administrador fáctico requeriría un requisito ulterior. El administrador de hecho, además del reconocimiento interno, *debe también ser reconocido – o tolerado – como persona con capacidad de decisión en la empresa ad extra, es decir en el tráfico jurídico externo de la empresa.* La principal consecuencia práctica que se deriva de esta posición es que no sería nunca administrador fáctico el conocido como “ administrador oculto” , persona que realmente domina la empresa pero que lo hace a través de testaferros o “ hombres de paja” , en cuanto que precisamente lo que pretende es que no se sepa que ejerce tal actividad. Las razones pueden llevar a este mecanismo de ocultación son varias desde estar inmerso en algún tipo de prohibición para ejercer tal actividad

hasta desear eludir en su caso la responsabilidad penal etc., pero en todos los casos lo que caracteriza a este administrador es su dominio indiscutido e indiscutible sobre la marcha de la empresa. Por esta razón no creo que desde un punto de vista político criminal convenga dejarlo fuera desde el primer momento del concepto de administrador de hecho. Esta exclusión tampoco está justificada dogmáticamente pues lo que interesa es únicamente si el grado de relación del administrador de hecho con el bien jurídico es equivalente al que posee el administrador de derecho.

Esta cuestión nos conduce a un aspecto básico para entender el concepto de administrador de hecho: los contornos de esta figura no pueden determinarse de forma autónoma al tipo penal en que se piensa aplicar, dicho de otro modo, *no existe un único concepto de administrador de hecho, sino que su extensión varía dependiendo de la concreta figura punitiva ante la que nos encontremos*. De ahí que existan delitos en los que los casos de autoría mediante administración fáctica son muy numerosos mientras que en otros son prácticamente inexistentes. El grupo de delitos en los que esta figura resulta más reducida, o incluso en algunos supuestos casi inimaginable, está constituido por aquellos tipos en los que se requiere una forma de comportamiento muy determinada que por sus características no puede ser llevada a cabo por un administrador de hecho.

A continuación se expondrán varios ejemplos – que a modo de escala – nos servirán para mostrar la distinta amplitud de la figura del administrador de hecho: En delitos como la quiebra (art. 260) donde las modalidades típicas de comportamiento no están en absoluto delimitadas (causar o originar una situación de insolvencia) puede ser administrador de hecho cualquier persona que reúna los dos requisitos a los que antes hacíamos referencias. Lo decisivo es que haya asumido, y se admita o tolere internamente, el poder fáctico necesario para gestionar la empresa. En el marco de esta figura, por ejemplo, no existe problema alguno para admitir a los denominados “ administradores ocultos” . En figuras como la administración desleal (art. 295), sin embargo, la extensión conceptual de esta figura es menor, pues únicamente pueden ser autores quienes tengan capacidad para obligar el patrimonio de la sociedad o disponer del mismo, en ambos casos de un modo eficaz. En este caso aparte de los administradores de derecho, que por sí solos o en su conjunto tengan atribuida esta capacidad, únicamente pueden administradores fácticos, con capacidad de autor, quienes tengan capacidad de disposición; esto es: liquidadores, promotores etc.(quienes a mi juicio son en realidad

administradores de derecho, Nieto Martín, 1996). Los administradores ocultos, por carecer de esta capacidad, no pueden ser en cambio autores del art. 295. Un supuesto, que representaría nuestro tercer escalón, es una de las conductas previstas en el art. 290: la falsedad en las cuentas anuales, en cuanto que sólo los administradores de hecho son responsables de su corrección – lo que implica, por ejemplo, la obligación de excluir las falsedades que en ellas hayan podido incluir terceros – no existe, en lo que concierne a este supuesto específico del art. 290, posibilidad de administración fáctica. Igualmente este puede ser el supuesto del delito fiscal, pues el deber de veracidad con la Hacienda pública, originariamente de la sociedad y que se transmite vía art. 31 al administrador de derecho, no afecta, salvo en supuestos quizás excepcionales, a personas distintas (vid. especialmente sobre la distinta amplitud del término administrador de hecho en relación con los distintos delitos en que esta figura resulta de aplicación García Cavero, quien como antes señalamos pese a partir de un criterio distinto – el carácter del delito especial como auténtico delito de infracción del deber o de dominio “ disfrazado” , llega a conclusiones similares a las que resultan de aplicar el criterio de la conducta típica que propongo).

III. La atribución de responsabilidad penal en el seno de la empresa.

Cuando dentro de una estructura empresarial se produce una conducta delictiva casi intuitivamente todos coincidiríamos en que la responsabilidad penal ha de atribuirse a quienes gestionan y administran la empresa, en otras palabras, a quienes toman decisiones y detentan el poder. Las cosas no son, sin embargo, tan sencillas, pues en ocasiones no está nada claro *quién* es el superior al que ha de hacerse responsable, ni tampoco con frecuencia *por qué* y con qué límites debe responder. En efecto, en lo que al *quién* concierne, debe tenerse presente que en la mayoría de las empresas, sobre todo a partir de una cierta dimensión, el poder y la información necesaria para ejercerlo, se encuentra repartido entre un número relativamente grandes de personas. Este reparto de poder tiene lugar en primer lugar horizontalmente: cada dirigente de la empresa suele tener atribuida una parcela de responsabilidad (contabilidad, ventas, producción, salud laboral etc..). Por lo que no puede decirse que todo sea asunto o competencia de todos. Igualmente el reparto de funciones se produce verticalmente. El superior puede delegar y repartir su competencia entre varios subdelegados, que a su vez pueden hacer lo mismo. Es decir pueden existir sucesivas cadenas de delegación. Nuestro cometido en este

punto (B) es conocer en qué condiciones y con qué límites la delegación resulta válida y excluye la responsabilidad penal del delegante e igualmente cómo se distribuye la responsabilidad entre aquellos que se sitúan en un mismo nivel dentro de la estructura empresarial.

Pero las cosas, en segundo lugar, tampoco resultan sencillas en el momento de determinar el fundamento, el *por qué*, de la responsabilidad del superior. Conviene en este punto distinguir entre diversos supuestos:

F1. Supuestos en los que el peligro procede directamente de los medios materiales que la empresa utiliza en su producción o de los productos que pone en el mercado.

Ejemplo: (a) La instalación eléctrica de la empresa está en muy mal estado, lo que provoca que un trabajador muera electrocutado;

(b) Una empresa dedicada a la producción de diferenciales eléctricos pone en el mercado una partida defectuosa. Instalados en un domicilio familiar el diferencial no salta cuando un niño introduce los dedos en el enchufe lo que le ocasiona graves lesiones). Este último supuesto es lo que conocemos por responsabilidad penal por productos defectuosos que será objeto de análisis detenido en una Lección posterior.

F2. Defectos en la organización de los procesos de producción: los subordinados son los causantes directos de la lesión al bien jurídico pero actúan sin culpabilidad, la lesión ha sido provocada por una mala organización de los procesos de producción.

Ejemplo: el trabajador A muere aplastado por una pesada carga que cayó de una cinta transportadora por no funcionar el mecanismo para detenerla. B que era el encargado de la sección donde A trabajaba no se percató de su mal estado, pues creía que esto era responsabilidad de C encargado de seguridad. A B, que había entrado a trabajar hace poco tiempo, nadie le había señalado que en esa fábrica eran los encargados quienes debían detectar las deficiencias de los sistemas de seguridad, pues responsabilidad de C era sólo el repararlos.

F3. Comportamientos imprudentes de los trabajadores.

Volviendo al supuesto anterior: B en realidad fue informado de cual era su misión, pero aceptó el puesto siendo consciente de que carecía de los conocimientos necesarios como para percatarse de estas cuestiones. C que lo eligió tampoco se ocupó de comprobar cuáles eran sus estudios y experiencias previas.

F4. Comportamientos dolosos de los subordinados.

Aunque en este punto existen grupos de casos bien diversos. Baste por ahora el siguiente ejemplo: B que actúa en nombre de la empresa X en una licitación pública, pero que no ocupa una situación destacada en el organigrama de la empresa, realiza un pacto con el resto de los postores con el fin de repartirse los distintos lotes de la subasta y establecer el monto de las pujas (art. 262 CP).

En una primera aproximación puede apreciarse ya como los fundamentos de la responsabilidad del superior resultan más sencillos en F1 y F2 que en F3 y sobre todo F4, pues un antiguo y asentado principio liberal del derecho penal establece que nadie puede ser hecho responsable por comportamientos defectuosos – dolosos e imprudentes - de otra persona. Quien realiza un comportamiento equivocado, siempre que sea considerado como una persona capaz, es el primer responsable por dicho comportamiento. Pues bien, de lo que se trata fundamentalmente es de analizar si la existencia de una empresa y las relaciones de poder que existen en su seno nos permiten hacer excepciones a este principio en el sentido de afirmar que el superior puede ser tan responsable o incluso más que el propio subordinado por sus comportamientos defectuosos(A).

A. La responsabilidad del superior.

- a) La responsabilidad del superior por los medios materiales, procesos de producción y productos (F1, F2).

La depuración de responsabilidades en estos supuestos constituyen generalmente un complejo jeroglífico para el juez penal. Un procedimiento que puede simplificar las cosas es que antes de buscar a la persona física responsable se analice si el comportamiento es imputable objetivamente a la empresa en cuanto

tal, pues si se comprueba que no existe relación de causalidad, que la empresa cumplió con los deberes de cuidado establecidos por el legislador o por la praxis o que el resultado se debió a un riesgo distinto al generado no es necesario seguir adelante. Sólo una vez que se comprueba este extremo merece la pena preguntarse quién es la persona física responsable y e indagar en concreto respecto a la misma la existencia de una relación de imputación objetiva.

El fundamento de la responsabilidad derivada de productos, medios y procesos de producción puede sintetizarse en lo siguiente: quien realiza una actividad, una explotación industrial, que genera riesgos para terceros, trabajadores, consumidores, etc., o para bienes colectivos, medio ambiente, se compromete a adoptar las medidas necesarias para evitar resultados lesivos. Este compromiso de asegurar determinados riesgos que se desprenden de su actividad es la razón en virtud de la cuál el ordenamiento jurídico permite su actividad y los riesgos que de la misma se derivan. Los fundamentos de esta responsabilidad o compromiso se encuentran en el principio de *neminem laedere*, por lo que resultan comunes tanto al derecho civil (art. 1902 Cc) como al derecho penal. No obstante, las manifestaciones de este principio en lo tocante a la responsabilidad son distintas en el derecho penal y en el civil, pues mientras que en éste se admite la responsabilidad objetiva en el penal es necesario para imputar el resultado al menos la imprudencia – principio de culpabilidad – . Igualmente en el marco penal únicamente tienen relevancia las violación de las normas de cuidado más importantes y relevantes (principio de fragmentariedad). La imprudencia leve, como muestra el CP de 1995, tiene en el derecho penal un papel marginal, que incluso de lege ferenda debiera desaparecer. La gravedad de la violación de la norma de cuidado se determina mediante un ejercicio de ponderación: en un platillo de la balanza se ha de colocar la utilidad social de la conducta y en otro la importancia del bien jurídico y los costes que entraña conjurar el peligro (costes económicos, sociales, para la libertad de actuación, individuales, etc.). El principio de determinación penal, aunque sea de modo colateral, ha de desplegar también sus efectos en el momento de indicar las obligaciones de naturaleza penal sobre todo allí donde estas no hayan sido fijadas

por el legislador (Ejemplo: a través de una reglamentación que fija las condiciones de las instalaciones eléctricas en las empresas) y hayan ser fijadas por el juez. En este caso solo infracciones de cuidado indubitadas y generalmente admitidas son conformes con la taxatividad necesaria que ha de tener el derecho penal.

La dogmática penal más actual ha llegado a dos conclusiones en relación a los deberes de cuidado a los que nos estamos refiriendo que son de especial importancia:

. La infracción de un deber de cuidado y la consiguiente creación de un riesgo no permitido es elemento común a los delitos dolosos e imprudentes. Esto es por mucho que los responsables de una empresa sean conscientes – o incluso quieran - de la existencia de un riesgo para un determinado bien jurídico y de la probabilidad de que existan resultados perjudiciales como expresión del mismo, si en su creación no ha lesionado ninguna de las obligaciones que acaban de mencionarse no existirá responsabilidad alguna.

Ejemplo: Las personas que dirigen establecimientos con atracciones arriesgas – montañas rusas, etc.. – saben que a lo largo del año se producen necesariamente un tanto por ciento de accidentes, pero no son responsables penalmente en cuanto cumplan con las medidas de seguridad a que están obligados.

. Igualmente a la hora de atribuir responsabilidad resulta indiferente el carácter activo o pasivo del comportamiento, lo relevante es que se ha infringido una obligación con fundamento en el principio *neminem laedere* penalmente relevante y que consecuencia de la misma se ha lesionado un bien jurídico de manera culpable.

Ejemplo: es indiferente si la responsabilidad se produce porque el superior ha dado la orden – acción - de poner en el mercado un producto del que sabía que no cumplía con todas las medidas de seguridad o porque no ha ordenado – omisión – a un subordinado que no proceda a su distribución. O en un ámbito menos complejo: es indiferente que el guardabarreras haya dejado la barrera alta y responda por no haberla bajado (omisión), que por haberla subido indebidamente (este ejemplo y más detalles en Feijoo, 1999).

Con lo visto hasta este momento se ha establecido el primero de los fundamentos en los que se deriva la responsabilidad penal por la realización de actividades empresariales. Pero ahora demos dar un paso más y contestar a la siguiente pregunta: *¿ es responsable el superior por no impedir que se materialicen riesgos procedentes de terceras personas o por riesgos que el no ha generado de modo contrario al deber?.*

Ejemplos: Por lo que se refiere a la primera parte de la pregunta nos remitimos a los supuestos F3 y F4, que citábamos al comienzo de este epígrafe. De su análisis nos ocuparemos inmediatamente en el próximo epígrafe. En lo referente a la segunda parte (riesgos no generados de forma desaprobada) un ejemplo sería el siguiente: A, administrador y director técnico de una fabrica de comida infantil tiene noticias de que una partida d ha sido elaborada con carne de ternera que había sido engordada artificialmente, sin que en el momento de la compra, elaboración y comercialización del alimento haya tenido posibilidad de conocer este extremo: ¿está obligado A a retirar los productos defectuosos del mercardo y en caso de no hacerlo es esta obligación penalmente relevante, en el sentido de que le podemos acusar de las muertes o lesiones producidas?.

Este es precisamente el campo de lo que conocemos como comisión por omisión donde se trata de analizar la responsabilidad ante un resultado que procede y es plasmación de un riesgo que no se ha generado o no se ha generado infringiendo un deber de cuidado. La teoría de la comisión por omisión lo que investiga y trata de resolver precisamente es bajo qué condiciones en estas circunstancias existe un grado de responsabilidad equivalente al que tiene la persona que personalmente genera un riesgo prohibido que causa o coadyuva a la causación de un resultado. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia sitúa el criterio básico para establecer la equivalencia en la posición de garante del autor, que le obliga a evitar un resultado que proviene de un riesgo que en principio le es ajeno. Además de este criterio se requiere que al garante le haya sido posible actuar en la situación de peligro y que de haberlo hecho hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza. El art. 11 CP señala que los garantes son aquellos que deben evitar el resultado porque tienen una obligación legal o contractual o

porque han creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Si dejamos de lado la responsabilidad en comisión por omisión derivada del actuar de otras personas (vid. supra), que es el auténtico “ hueso duro” en este punto, los supuestos que en este apartado hemos de analizar son básicamente dos. Empezaré por el que resulta más sencillo de resolver, pues es en realidad una consecuencia lógica de cuanto se lleva dicho. *El responsable de una actividad generadora de riesgos no sólo esta obligado en un primer momento a configurarla de tal modo que evite una serie de riesgos, sino que también está obligado después a hacer todo lo que el ordenamiento jurídico considere oportuno para mantener controlados dichos riesgos.* La infracción de la obligación de mantenimiento es similar e inherente a la obligación de no generar riesgos por lo que el fundamento de la responsabilidad es similar a cuanto se ha dicho anteriormente. Estos casos pueden resolverse sin necesidad de invocar el art. 11 del CP, y en concreto el criterio de injerencia, pues se trata de una manifestación del deber de cuidado procedente del *neminem laedere*.

Ejemplo: El responsable de la seguridad en el trabajo debe preocuparse tanto de proporcionar a los trabajadores medidas de seguridad adecuada, como de mantener el buen estado de las mismas. Repetimos que es indiferente y a veces enteramente azaroso si esta obligación se plasma en un comportamiento activo (proporcionar medios defectuosos) o uno omisivo (no renovar los medios deteriorados e inservibles).

La afirmación de que el art. 11 resulta innecesario para resolver estos supuestos depende obviamente de cómo se entienda la idea de injerencia. La injerencia, como fuente de comisión por omisión, se refiere sólo a supuestos de responsabilidad por creación de riesgos conformes a derecho. Existen tres posibilidades en lo que se refiere a la responsabilidad por el riesgo: (a) creación de un riesgo desaprobado; (b) creación de un riesgo tolerado siempre y cuanto se mantenga adoptando las medidas necesarias en estos límites; (c) responsabilidad por riesgos conformes a derecho, en los que además se han adoptado las medidas necesarias. En la dogmática penal tradicionalmente se ha estimado que el marco de la imprudencia activa era únicamente (a), mientras que (b) y (c) se discutían en relación a la comisión por omisión. Este tratamiento tradicional contrasta, por ejemplo, con lo que ocurre en el derecho civil en donde (a) y (b) son supuestos de responsabilidad por riesgo que se

abordan conjuntamente en el derecho de daños tradicional, mientras que (c) se aborda en el más moderno derecho del riesgo. En el derecho penal nos hemos apartado de este entendimiento, mucho más sencillo, por seguir durante décadas un camino metodológico equivocado: un concepto de acción ontológico o naturalístico de acción (vid. Feijoo, 1999; Arroyo (1981), p. 150 ya mostraba su extrañeza por esta división específicamente penal). Hoy, una vez superado este concepto de acción y reemplazado por uno normativo debemos de reagrupar los problemas de modo semejante a lo que se hace en el derecho civil. De otro modo además el art. 11 del CP se proyectaría sobre supuestos distintos normativamente. Cualquiera es capaz de apreciar que los criterios de atribución de responsabilidad y sus límites son distintos en el caso del fabricante que pone en el mercado un producto, en cuya elaboración ha omitido ya las medidas de seguridad exigidas o la del que pone en el mercado un producto, elaborándolo de forma adecuada, y cuya peligrosidad aparece ex post.

El segundo supuesto es a priori más complejo y sí se trata de comisión por omisión – en cuanto que supone ya puramente una cuestión de comisión por omisión - y se ha planteado en relación a los casos de responsabilidad por el producto: ¿quién ha puesto en el mercado un producto cuya peligrosidad, presuponiendo un buen uso del mismo, no era previsible en un momento inicial, es responsable de los resultados lesivos que posteriormente pueda ocasionar si no retira dicho producto del mercado?. La jurisprudencia alemana, e igualmente el TS en el caso de la “ colza” , han admitido la existencia de este deber que corresponde al marco genuino de la injerencia.

- b) La responsabilidad del superior por comportamientos imprudentes y dolosos de los subordinados (F3 y F4).

Como antes señalábamos en el derecho penal sólo se puede ser hecho responsable por los propios actos y no cabe responsabilidad penal por comportamientos ajenos. Esta máxima que nos acompaña desde la Ilustración impide que el superior pueda ser hecho penalmente responsable por las conductas defectuosas, imprudentes o dolosas, que realicen sus empleados y obliga a fundamentar la responsabilidad en su propio comportamiento, esto es a través de

una responsabilidad propia y directa. De esta cuestión, de sus límites y construcciones dogmáticas que nos permiten, en su caso, afirmar la responsabilidad del superior vamos a ocuparnos a continuación.

1. Responsabilidad por imprudencia – activa - del superior por comportamientos imprudentes o dolosos de subordinados.

Existen bastantes supuestos en los que el superior responde simplemente porque el ha creado a través de su comportamiento un riesgo desaprobado que después se plasma en el resultado. La única complejidad que plantea este supuesto es que este riesgo desaprobado no nos conduce de forma directa al resultado, sino que lo hace de una forma mediata en cuanto que influye o determina el comportamiento imprudente del subordinado del cuál surge el riesgo que finalmente se plasma en el resultado. Los distintos casos en que esto puede suceder pueden reconducirse a dos grandes grupos:

- Los supuestos de delegación de funciones incorrectas, que serán abordados de manera específica en otro lugar.

Ejemplo: X que es el responsable del control de calidad del producto Y, que es un alimento precocinado, deja en manos de V la realización de determinados controles. V sabe que no tiene los conocimientos necesarios para realizar esta labor, pero aún así acepta, dado que necesita trabajo. X, pese a que conoce que estos controles son de suma importancia y si se efectúan mal pueden generar muchos problemas para la salud de los consumidores, encarga a V esta labor sin cerciorarse de si posé los conocimientos necesarios. Los problemas de responsabilidad que plantea en concreto este supuesto tienen que ver con la delegación de funciones dentro de la empresa, lo que por su importancia será objeto de análisis particularizado más adelante.

- Los supuestos de organización defectuosa de procesos productivos que impide o dificulta el que los subordinados se comporten de acuerdo al deber de cuidado o promueve este tipo de conductas.

Ejemplo: los directores de una empresa de transportes exige de sus conductores distancias imposibles de realizar salvo que infrinjan los tiempos de descanso legalmente establecidos, uno de los conductores fruto del cansancio realiza una maniobra peligrosa que acaba con la vida de cuatro personas. Para no ser descubierto por la policía altera el “ tacógrafo” del vehículo que atestigua los tiempos de descanso etc. Comportamiento que constituye un delito de falsedad documental.

Es este grupo de casos nadie discute que los superiores han infringido un deber objetivo de cuidado y que además éste ha contribuido al resultado. Ahora bien, si esta afirmación resulta indiscutida lo que resulta especialmente problemático es la relevancia penal de este comportamiento, pues afecta a una de las cuestiones más discutidas de la regulación de la imprudencia del CP de 1995: la relevancia de la participación imprudente. Y es que lo que en cualquier caso resulta claro es que el superior en los casos de que nos estamos ocupando no realiza personalmente el comportamiento descuidado que da lugar al resultado. Sea cual sean los puntos de partida teóricos estimo que políticamente resulta desacertado descartar la responsabilidad de los superiores en estos supuestos.

En la doctrina y en parte también en la jurisprudencia española se barajan las siguientes posibilidades:

(a) Un grupo de autores (Arroyo, y además los partidarios de la doctrina finalista Cerezo, Romeo Casabona, Gómez Benitez), minoritarios en nuestro país pero que resultarían la doctrina dominante en otros como en Alemania, mantienen que en los delitos imprudentes todo aquel que infringe un deber de cuidado que coadyuva a la aparición del resultado es autor. La consecución de una pena adecuada a la responsabilidad de cada cuál podría conseguirse a través de la asignación a la culpa de cada cual de una gravedad distinta (grave o leve).

(b) Para el sector mayoritario de nuestra doctrina (Luzón, Mir, Silva, Rodríguez Mourullo) y jurisprudencia resulta posible distinguir entre las distintas formas de autoría y participación dentro de los delitos imprudentes. Si bien dentro de este grupo de autores existe división de opiniones entre los que consideran que la participación es punible y aquellos que estiman que la participación imprudente en un delito imprudente resulta atípica en nuestro ordenamiento. Con todo aún estos autores podrían considerar que en muchas ocasiones la configuración del proceso de producción del superior que provoca la imprudencia del subordinado resulta una auténtica autoría mediata imprudente. Se trataría esencialmente de aquellos casos en que el subordinado no puede – no le resulta exigible – comportarse subjetivamente conforme a cuidado debido a la errónea configuración de los procesos de producción por parte del superior, lo que excluiría su culpabilidad (o el propio injusto, para algunos). Dejando de lado los casos en que no fuese posible realizar esta construcción, lo cierto es que esta opción doctrinal en el ámbito socioeconómico también beneficiaría notablemente a todos aquellos funcionarios públicos, o personas que realizan funciones públicas, como por ejemplo los auditores de riesgos laborales, pues estas conductas constituirían generalmente una mera participación. Cuanto acaba de señalarse resulta independiente a si el comportamiento del superior – o del funcionario o asimilado – resulta activo o el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la comisión por

omisión. Pues obviamente supongo que aquellos que mantienen la posibilidad y necesidad de distinguir entre autoría y participación en la imprudencia también resultan contrarios a la afirmación – mayoritaria también en la doctrina alemana - de que todo aquel que infringe un deber de garantía resulta autor.

Como se habrá adivinado, y exclusivamente, desde un punto de vista político criminal las consecuencias de esta doctrina no resultan de recibo- de lege lata - en el ámbito del derecho penal económico y, en general, en todo el derecho penal de la empresa. Y digo de lege lata porque probablemente de lege ferenda una situación idónea, dogmática y político criminalmente sería la siguiente: a) en virtud del principio de fragmentariedad del derecho penal debe abogarse por la atipicidad generalizada de la participación imprudente; b) de modo expreso el legislador debería detectar cuáles son los supuestos de participación imprudente – activa o omisiva – especialmente merecedores de pena y crear en estos casos una figura de participación imprudente (de igual forma, por cierto, a lo que ya hace en relación a las tentativas imprudentes, normalmente impunes, mediante la creación de delitos de peligro). A mi juicio, este sería el caso precisamente de la responsabilidad del superior y de los funcionarios públicos y esta sería la justificación dogmática y político criminal de un precepto como el que en algunas propuestas de lege ferenda se realiza (vid. supra).

2. La responsabilidad del superior en comisión por omisión por comportamientos realizados por terceros.

La responsabilidad del superior por las conductas imprudentes o dolosas de sus subordinados en el ejercicio de su actividad puede establecerse en algunos supuestos a partir de la comisión por omisión: es decir tomando como fundamento de la responsabilidad no la creación de un riesgo desaprobado que se plasma en el resultado, sino la obligación de evitar una lesión para un bien jurídico que proviene del comportamiento imprudente o doloso de un tercero (subordinado). Esta obligación recae en cierto modo sobre cualquier ciudadano, pues se deriva de los vínculos de solidaridad existentes en cualquier sociedad. La infracción de esta obligación genérica se sanciona, principalmente, a través del delito de omisión del deber de socorro. En los casos de comisión por omisión, sin embargo, la persona obligada tiene una obligación más fuerte, cualificada, en virtud de la cual – y desde un punto de vista valorativo – el legislador considera que es como si hubiese originado o favorecido activamente a la causación del resultado. Para ello y de

acuerdo con el art. 11 del CP es preciso: a) que legal o contractualmente tenga la obligación de evitar el resultado; b) además que haya asumido materialmente esta obligación y que socialmente se entienda que ese tipo de personas son responsables o bien de controlar una fuente de peligro (garantes de control) o bien de proteger un determinado bien jurídico (garantes de protección).

- a) Supuestos en los que el superior tiene una *posición de garante de protección* sobre determinados bienes jurídicos.

Los superiores de una entidad tiene a mi juicio un claro deber de garantía en relación a los intereses patrimoniales de la entidad que administran. Los artículos 123 y ss. de la Ley de sociedades anónimas que regulan el status de los administradores son plasmación positiva de este deber de garantía. De este modo cuando el comportamiento imprudente o doloso del subordinado – o de un tercero - vaya a repercutir negativamente sobre el patrimonio de la empresa, el superior está obligado a evitar el resultado. Supuestos claros serían: daños imprudentes del subordinado a bienes de la empresa, hurtos o apropiaciones del subordinado de bienes que pertenecen a la empresa etc.. Ahora bien dado que los delitos contra el patrimonio solo pueden cometerse – a excepción de los daños – dolosamente el superior sólo podrá ser sancionado si ha tolerado conscientemente la conducta del subordinado, como cómplice – o partícipe necesario según los casos – en comisión por omisión. Dado que los delitos patrimoniales no admiten formas imprudentes cualquier tipo de participación imprudente del superior resulta atípica, sea cual sea el presupuesto del que se parta.

El deber de proteger el patrimonio de la empresa no implica que el superior tenga un deber de garantía – en virtud de este preciso motivo - siempre que el comportamiento del subordinado pueda tener consecuencias perjudiciales para el patrimonio de la empresa (vgr. por que va a dar lugar a una reclamación civil). Es necesario que el delito cometido por el subordinado – o por el tercero, pues en estos casos sería indiferente – tenga como objeto el patrimonio de la empresa.

Ejemplo: A, comercial de la empresa X, está engañando a diversos proveedores, lo que puede ser constitutivo de un delito de estafa y dar lugar posteriormente a una reclamación por daños y perjuicios a la empresa X. Los superiores de X, según lo expuesto, serían garantes exclusivamente de las conductas de subordinados que directamente atenten contra los intereses patrimoniales de la empresa. En el caso expuesto A no es garante – o no necesariamente – del patrimonio de los diversos proveedores.

En el caso anteriores el deber de garantía recaía directamente sobre los administradores. Esto ocurre sólo de forma excepcional. Normalmente lo que suele ocurrir es que estos asuman posiciones de garantía que el ordenamiento jurídico primariamente impone a la persona jurídica. Desde este punto de vista los superiores son garantes, por ejemplo, de bienes como la salud y la vida de los trabajadores, lo que les obliga a impedir comportamientos dolosos o imprudentes de subordinados que puedan afectarla (vid. art. 14 de la Ley de prevención de riesgos laborales). Igualmente este deber de garantía puede extenderse a determinados bienes de terceras personas, singularmente de consumidores. Los directivos, por ejemplo, de una sociedad de valores son garantes del patrimonio de sus inversores (art. 79 c) LMV), por lo que deben impedir conductas de subordinados que las puedan lesionar (vgr. una apropiación indebida del ejecutivo de una agencia de valores que invierte activos patrimoniales de un cliente en acciones de una empresa de su propiedad, existiendo inversiones mucho más rentables).

b) ¿Es el subordinado una fuente de peligro?

La posición de garante del superior no sólo puede derivarse de su relación de salvaguarda con un determinado bien jurídico, sino que también puede extraerse de su relación con una determinada fuente de peligro; esto es puede ser *garante de control*, en cuanto que deba asegurar los riesgos que de ella proceden. Ya hemos indicado anteriormente como en relación a los productos, procesos y medios de producción tiene el deber de mantenerlos bajo control, la cuestión es ahora si también ha de tener “ controlados” a sus empleados de forma tal que responda de sus comportamientos “ defectuosos” de igual forma que responde de los defectos

de una máquina o producto. Esta cuestión alcanza su importancia en aquellos casos en los que no nos sea posible derivar la responsabilidad del superior por alguno de los mecanismos anteriores.

Socialmente no me caben dudas al respecto. Nuestra sociedad exige de aquellos que dirigen una empresa que garanticen su seguridad previniendo e impidan comportamientos delictivos de sus subordinados. ¿Cómo podría aceptarse una decisión judicial en la que se indicara que pese a que el máximo dirigente de una constructora conocía que uno de sus ejecutivos sobornaba a altos cargos de la administración para conseguir contratos de obra no resulta en absoluto responsable?. En estos casos existe sin duda un principio social de imputación de responsabilidad según el cual quien tiene una situación jerárquicamente superior a otro debe evitar sus comportamientos delictivos en el marco de las actividades relacionadas con esa situación de jerarquía. Este principio, por ello, también sería válido por ejemplo en el marco de la administración (el “ Ministro del interior” es consciente de las torturas que practican algunos miembros del cuerpo de policía) o en el ejército . Ahora bien, que exista material – socialmente – esta situación de garantía no significa ipso facto su validez dentro del Derecho penal. Concretamente, y en consonancia con lo que antes indicaba, habrá de pasar el filtro formal que impone el artículo 11 CP y que recordemos estaba enderezado a incrementar la seguridad jurídica: además de la existencia real de un deber de garantía material, la ley, un contrato o un actuar precedente peligroso resultan necesarios para establecer la posición de garante. En lo que alcanzo, no existe en nuestro ordenamiento ninguna disposición normativa que obligue a los superiores dentro del ámbito societario o empresarial a evitar los comportamientos delictivos de sus subordinados e igualmente creo que deben ser pocos, por no decir ningunos los contratos de dirección en los que se recoja un extremo semejante. De *lege ferenda* esta situación sólo puede resolverse a través de la inclusión de un precepto específico que regule la responsabilidad omisiva del superior (vid. supra).

c) Tampoco obviamente puede llegarse a afirmar el deber de garantía del superior a partir de la idea de ingerencia, pues contratar a alguien no genera ningún riesgo: ni aprobado, ni desaprobado.

d) De lo que hasta ahora se lleva expuesto resulta únicamente la posibilidad genérica de una responsabilidad en comisión por omisión – que como hemos visto es relativamente limitada en nuestro ordenamiento - falta ahora por concretar *si esta responsabilidad es a título de autor o bien simplemente a título de partícipe* (art. 28 del CP). Para contestar a esta cuestión no existe otro remedio que sumergirse en la fenomenología de casos posibles:

-Comportamiento imprudente del subordinado y comportamiento imprudente omisivo del superior. En estos supuestos, si se mantiene (vid. lo ya indicado supra acerca de la participación en la imprudencia) que todo aquel que infrinja el deber de cuidado es autor ambos serían autores de las lesiones imprudentes. Quien mantenga, por el contrario, la posibilidad de diferenciar entre autores y partícipes en el delito imprudente y además estime que la participación no resulta punible deberá aceptar la atipicidad del comportamiento del superior. Finalmente quien crea que nuestro CP castiga la participación imprudente en un delito imprudente habrá de rebajar en uno o dos grados la pena del superior.

Ejemplo: el subordinado está utilizando una maquinaria peligrosa sin tener los conocimientos indispensables para su manejo, su superior pensó que se trataba de una persona competente, sin cerciorarse lo más mínimo de cuáles eran sus conocimientos. El subordinado, que por otra parte era consciente de su incapacidad, causa lesiones graves a otros trabajadores.

- En los casos en que existe un *comportamiento doloso del subordinado y comportamiento imprudente omisivo del superior* la responsabilidad de este último depende nuevamente de la posición que se adopte en torno a la participación imprudente en un delito doloso. En este punto debe indicarse que la jurisprudencia la ha excluido expresamente aunque el delito en cuestión admita comisión imprudente (STS de 21 de marzo de 1997) (e1). Esta es también la solución, sea cual sea la posición de la que se parta si el tipo no admite la modalidad imprudente (e2).

Ejemplos: e1: el director de una sucursal bancaria realiza operaciones de lavado de dinero; el superior infringiendo las obligaciones de control establecidas legalmente no detecta estas operaciones. El delito de blanqueo de capitales admite la comisión imprudente (art. 301.3 del CP), por lo que quien admita la participación imprudente en un delito doloso podría sancionar a partir de esta figura rebajando dos grados la pena. Quien, finalmente considere que todo el que infringe el deber de cuidado es autor consideraría al superior autor del delito imprudente del 301.3.

e2: un ejecutivo de una Agencia de Valores consigue clientes para la empresa mintiendo acerca de la rentabilidad de las inversiones, el superior pese a haber recibido ya alguna queja no investiga la conducta de este ejecutivo, pensando que son infundadas).

- La tercera situación a la que se ha de hacer referencia son los supuestos en los que existe un *comportamiento doloso del subordinado y comportamiento doloso – tolerante -por parte del superior* (Ejemplo: las conductas de los subordinados a las que nos referíamos anteriormente en las cuales el superior tolera la conducta). La solución de estos casos depende de cuál sea la posición que se adopte en torno a la autoría y participación en la comisión por omisión. Quien asuma la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber y catalogue dentro de los mismos los delitos omisivos no tendrá problemas en afirmar que el superior es autor en comisión por omisión de los delitos indicados, siempre, claro está, que los mismos admitan la modalidad omisiva dentro de las conductas que pueden calificarse de autoría, lo que no ocurre por ejemplo – según nuevamente la doctrina mayoritaria - en el caso de la estafa. En este supuesto habrá de contentarse con indicar que el superior es partícipe, necesario o no dependiendo de los casos. Por el contrario quien rechace la anterior teoría, lo que es doctrina mayoritaria en nuestro país, no puede considerar al omitente inmediatamente autor o coautor – en comisión por omisión – en cuanto que debe demostrar que posee también dominio del hecho, conjuntamente con el subordinado autor activo directo. Los criterios para fijar cuándo el omitente es autor no están del todo claros y la cuestión es más compleja aún cuando se trata de supuestos como los que ahora abordamos en los que existe un autor activo al lado del omitente (vid. no obstante las propuestas de Bottke).

-

3. Coautoría y autoría mediata. Los límites de la responsabilidad del subordinado.

Hasta aquí se han abordado aquellos casos – ya hemos visto que con un éxito muy relativo – en los que el nivel de participación o implicación del superior en los hechos resulta muy reducido, a lo más se trataba de casos en los que éste tolera el hecho de su subordinado. En este apartado analizaremos los supuestos en que su implicación es mayor. Se trata de hechos en los que el superior no está generalmente presente en la fase ejecutiva del delito, ni mucho menos realiza una parte del comportamiento típico (“ no se mancha las manos”), pero pese a ello ha organizado todo el acontecer delictivo, induciendo incluso al subordinado para que realice la acción típica. Dentro de este apartado pueden incluirse también los problemas de autoría en empresas que en realidad son la tapadera legal del crimen organizado, y cuya función no es otra, por ejemplo, que blanquear el dinero de la banda.

Es cierto, que en este grupo de casos la solución podría venir de la mano de instituciones como la inducción o, en general, la participación. Pero, de un lado, existe acuerdo, prácticamente unánime en que esta solución resulta altamente insatisfactoria desde un punto de vista político criminal: ¿cómo puede explicar una sentencia a la sociedad que el responsable último de un delito ecológico, su autor, es el trabajador que abre las compuertas por donde sale el agua contaminada, y que el superior es simplemente una figura accesoria – partícipe – en los hechos?. Y, de otro, desde el punto de vista técnico o dogmático muchos supuestos no podrían ser calificados de inducción por no cumplir sus requisitos legales. Un caso particularmente relevante en nuestro ámbito de esto último serían los supuestos de inducción en cascada, que no cumplen con el requisito de que ésta sea directa (art. 28 a) “ los que inducen *directamente...*” .

Ejemplo: el Consejo de administración de una empresa, acuerda no renovar la maquinaria depuradora, cuestión que ponen en conocimiento del técnico, que acepta su decisión, y convence a su vez a los operarios encargados de los vertidos, que en un primer momento oponen cierta resistencia,

para que procedan a los mismos. Según nuestro CP sólo el técnico induce, en cuanto que no cabe inducción a una inducción (que es lo que hace el consejo de administración).

Los supuestos con que nos enfrentamos responden de nuevo a una variada tipología, por lo que no pueden ser solucionados con una única fórmula. Empezaré el análisis por el grupo de casos en que criminalidad económica y organizada confluyen.

a) ¿Quién es el autor de los delitos que se cometen en empresas criminales?.

A principios de los años 60 irrumpe en el derecho penal, de la mano de Roxin, una nueva modalidad de autoría mediata para explicar los delitos que se cometían dentro de aparatos organizados de poder y, en concreto, para resolver los problemas de autoría que se planteaban en los procesos contra la delincuencia nacionalsocialista. El problema era similar al que antes planteaba: ¿cómo señalar que los jefes de la dictadura fueron simples figuras accesorias en la matanza masiva y perfectamente organizada de judíos y que en realidad los autores de todo aquello fueron los soldados que abrieron las espitas de las cámaras de gas?. La construcción que propone Roxin para solucionar estos casos reside en considerar al superior (o superiores) como autores mediatos.

Como es sabido la esencia de este tipo de autoría radica en que el autor, el hombre de atrás, no realiza directamente la conducta típica sino que lo hace a través de otra persona de la que se vale como herramienta. Hasta el momento de la construcción de Roxin, la autoría mediata se circunscribía a supuestos en los que por alguna razón la herramienta no era responsable penalmente, normalmente por error o por existir una coacción que implicaba que su actuación estaba amparada por un estado de necesidad (Ejemplo: A convence al niño B, de 6 años, para que le alcance un objeto que es propiedad de C, del que A se apodera; A amenaza a B con matarle si no entra a la habitación de C y se apodera de su billetero). La autoría mediata a través de un aparato organizado de poder supone admitir por primera vez

que puede existir este tipo de autoría pese a que el autor sea plenamente responsable, esto es, que es posible afirmar que en determinados casos hay un *autor detrás del autor*. Ello se debe a que la herramienta de la que se sirve el hombre de atrás para cometer el delito no es una persona sino una organización que “despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros”.

Este es, sumariamente, el núcleo de la construcción de Roxin, quien además sintetizó de este modo los requisitos para que su construcción pudiera ser aplicada: a) fungibilidad de los miembros de la organización; b) ha de tratarse de una organización que opere al margen del derecho, pues esto hace que sus miembros tengan menos posibilidades de resistirse a los planes que provienen de la cúpula de la organización. En su obra el propio Roxin nos indica que la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder puede ser también de aplicación a bandas criminales y grupos semejantes – vgr. terroristas - que vengán a conformar un “Estado dentro del estado” como es el caso singularmente del crimen organizado. A través de esta construcción puede considerarse autor mediato al superior de aquellas empresas que en realidad no son sino la sucursal pseudolegal de asociaciones criminales organizadas de un modo rígido y jerarquizado.

- b) Supuestos en que el superior organiza la actividad delictiva (¿hasta dónde llega la responsabilidad del subordinado?).

Los ejemplos podrían ser los siguientes:

E1: Los directivos de una multinacional señalan a sus ejecutivos que operan en países latinoamericanos que lo usual es “pagar” a autoridades o a funcionarios públicos con el fin de aligerar trámites, obtener concesiones etc., y que la política de la empresa siempre fue esa, por ello disponen de todos los recursos que necesiten para hacerlo (art. 445 bis).

E2: El Consejo de administración de la empresa X decidió no realizar determinadas mejoras en sus mecanismos de seguridad necesarios para que verter residuos tóxicos al mar, los técnicos de la empresa son conscientes de este problema pero no dicen nada por no perder sus empleos, alguno de ellos comentan este hecho con los trabajadores que se encargan de accionar el mecanismo de expulsión de vertidos.

Si sobre los ejemplos anteriores proyectáramos el arsenal teórico tradicional de la autoría y participación no habría dudas al respecto: autores de los respectivos delitos serían los ejecutivos, los técnicos y los trabajadores. Un mínimo de sentido común pone de manifiesto que mientras que en el primer caso parece adecuado que respondan superiores y ejecutivos - “trabajadores de cuello blanco” - en el segundo - donde los subordinados son “trabajadores de cuello azul” - parece conveniente que únicamente respondan los superiores. Esta solución de “justicia popular” es perfectamente asumible desde un punto de vista técnico jurídico.

Los casos similares al de los “ejecutivos” (E1) se caracterizan porque existe un cierto acuerdo y porque el autor directo tiene cierto grado de discrecionalidad, de margen de maniobra en el momento de configurar el hecho. Se trata de supuestos que se encuentran a caballo entre las formas de participación más desvaloradas por nuestro legislador (inducción y participación necesaria) y la coautoría. El que estén situados en “tierra de nadie” se debe a que existe una circunstancia que los distingue de los supuestos habituales de participación y es que aquí existe una relación jerárquica y el ejecutor actúa dentro de unas pautas de conducta que de algún modo le vienen ya marcadas por su pertenencia a la empresa. Si en un determinado momento el superior quisiera “suspender” los hechos podría hacerlo sin dificultad alguna, por lo que realmente podemos señalar que domina el hecho conjuntamente con su subordinado. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria para ser coautor es necesario no sólo un “acuerdo previo”, sino además intervenir en la fase ejecutiva de los hechos con una aportación que debe resultar importante pues de retirarse desbarataría la totalidad del plan. Y lo cierto es que en el caso del “ejecutivo” su superior está muy lejos del despacho latinoamericano donde tiene lugar la propuesta de soborno. Aunque esta cuestión está abierta y no existen soluciones definitivas, estoy de acuerdo con la posición que entre nosotros mantiene Muñoz Conde favorable a admitir la coautoría en estos supuestos. La necesidad de que el coautor participe en fase ejecutiva tiene a mi juicio dos fundamentos importantes, pero que no son en todos los casos esenciales para apreciar el dominio del hecho. El primero es que

comúnmente en la mayoría de los casos sólo puede decidirse, dominarse, verdaderamente el hecho cuando se está presente en la ejecución con actos decisivos, sin embargo lo esencial para la teoría del dominio del hecho no es el “ estar presente” , sino el dominar y este factor, que valorativamente es el que importa para considerar a alguien como autor, se produce en estos casos merced a la situación jerárquica. La segunda razón por la que normalmente para la coautoría es preciso estar presente con actos decisivos en fase ejecutiva se debe a que la realización del verbo típico – matar, lesionar etc. - desde un punto de vista valorativo es de suma importancia. Por eso por muy jerarquizada que estuviera la empresa el superior nunca sería coautor si el hecho a realizar tuviese tales características (vgr. un asesinato). Ahora bien, en los delitos que aquí generalmente nos ocupan la realización del verbo típico no está tan preñada de contenidos valorativos por ello puede prescindirse de la presencia del coautor en la ejecución .

El segundo grupo de casos es el referente a los “ trabajadores de cuello azul” y es bastante menos acuciante en la práctica que el anterior. Los tribunales cuando se ocupan de estos casos ni se plantean el procesamiento de los trabajadores, directamente consideran autores a los superiores. Aunque hasta ahora ninguna sentencia ha abordado las razones técnicas de esta construcción, existen ya instrumentos teóricos aptos para explicarlas. Para ello debemos introducir un concepto acuñado por Jakobs, el de *incumbencia*. A tenor de este criterio, y expresado del modo más simple posible, cuando una persona contribuye causalmente a la realización de un resultado pero dicho aporte consiste en una tarea que normalmente realiza en el marco de una actividad contractual o laboral organizada por otro su conducta no crea un riesgo jurídicamente desaprobado y es indiferente si actúa dolosa o imprudentemente. Por este motivo resulta penalmente irrelevante. Es lo que ocurre con los trabajadores que en el ejemplo anterior abren las compuertas por la se realizan los vertidos o con las secretarias que realizan los contratos simulados, mediante los que va a realizarse un delito de alzamiento de bienes. A esta idea respondía en alguna medida la lógica de la eximente de obediencia debida e igualmente no muy lejana a esta noción de incumbencia se

encuentra lo dispuesto en el art. 30.1 del CP en donde se hace referencia a un caso estructuralmente idéntico, pero muy específico: los trabajadores de un medio de comunicación en relación a los delitos de opinión que puedan cometerse en el seno de la empresa. Igual que el tipógrafo no debe resultar responsable por imprimir el artículo del periódico donde se vierte injurias, tampoco debe serlo la administrativa del periódico cuando se le dice que confeccione un contrato que después es utilizado por la empresa mediática para cometer un delito fiscal. El art. 30.1 CP no representa, por tanto, sino una expresión particularizada de un principio de imputación mucho más general como es el de incumbencia. Una vez que se ha descartado la responsabilidad de los trabajadores creo que resulta relativamente sencillo fundamentar que los superiores responden como autores mediatos. Se trata de un nuevo supuesto de autoría mediata que se caracteriza porque la herramienta, ya sea dolosa o no esto carece de importancia, contribuye al resultado a través de un riesgo no jurídicamente desaprobado, es decir, no realiza la parte objetiva del tipo.

B) La atribución de responsabilidades entre personas situadas en un mismo nivel y la delegación de funciones.

En el apartado anterior se ha tratado de la atribución de responsabilidad en el seno de uno de los tipos de relaciones que existen dentro de la empresa: superior-subordinado. Para completar los problemas de autoría y participación nos resta aún por estudiar los criterios de responsabilidad cuando lo que une a las personas es una relación de delegación (delegante- delegado) o bien cuando se trata de repartir responsabilidades entre personas situadas dentro de un mismo nivel en la estructura jerárquica de la empresa, por ejemplo, entre los administradores, los ejecutivos, los técnicos etc..

a) La delegación de funciones

Hasta ahora se ha hablado del superior como una suerte de “ ente abstracto” dentro de la empresa. En principio podemos coincidir que el lugar de

“ superior” está ocupado por los administradores de la empresa, por aquellas personas que tienen capacidad para dirigirla y gestionarla. Administradores que como ya se ha indicado pueden ser tanto de derecho, como de hecho. Los conceptos nos son ya conocidos. Lógicamente cuándo una organización alcanza determinadas dimensiones es imposible que unas pocas personas abarquen todo y no tienen más remedio que delegar en otros. Esta delegación si se realiza de forma válida transforma al delegado en un nuevo “ superior” y, como contrapartida, hace que el “ alto dirigente” pueda distanciarse de hechos que a partir de ese momento no serán ya en gran medida de su incumbencia. Por descontado que en el seno de una empresa no hay una sola delegación, sino que existen numerosas cadenas de delegaciones y subdelegaciones, más cuando la empresa adquiere dimensiones mayores. No obstante, el esquema y requisitos bajo los cuales una delegación resulta válida resulta siempre similares, desde la delegación de competencias por parte del administrador a un alto ejecutivo hasta la que efectúa el encargado de obra en un trabajador.

Los efectos penales de la delegación de funciones para el delegado radican en qué este se convierte en nuevo titular de responsabilidades. Esto es, conforme señalábamos anteriormente estará obligado a controlar los riesgos que se deriven de los medios materiales de la empresa e igualmente asumirá, en los límites que ya nos son conocidos, la responsabilidad por los comportamientos defectuosos de sus subordinados y será garante de determinados bienes jurídicos. Ahora bien, para que la delegación produzca los efectos a los que acabamos de referirnos resulta necesario profundizar en las siguientes cuestiones: (a) qué materias son delegables validamente, (b) bajo qué requisitos la delegación resulta válida, y (c) la existencia y, en su caso amplitud, de un resto de competencia en el originario “ superior” que le obligue a supervisar la labor del delegante.

La primera de las preguntas es probablemente la menos estudiada de todas. Existen dos criterios distintos: la delegación no es válida sino resulta necesaria atendiendo a las dimensiones de la empresa y, de otro lado, se indica que no

pueden transmitirse aquellos cometidos básicos que han de cumplirse personalmente. En realidad, a mi juicio, sólo este último criterio resulta aceptable. El límite resulta evidente cuando una norma jurídica lo indique expresamente (E1). Pero también, por ejemplo, cuando alguien haya sido contratado expresamente para cumplir una determinada función y después decida desentenderse de la misma (E2). Fuera de estos supuestos el modo de organizar la empresa es libre.

E1: la obligación de los administradores de la Sociedad Anónima de presentar firmadas las cuentas anuales.

E2: la sociedad X contrata a un ingeniero industrial expresamente para que se ocupe de garantizar la seguridad de los trabajadores ante un proceso de fabricación novedoso, el ingeniero sería responsable de los daños que pudieran ocasionarse aunque la delegación se efectuase válidamente.

Mayor importancia tiene señalar cuándo la delegación de funciones es válida. Los requisitos, sobre los que ya existe un cierto acuerdo doctrinal y que han sido aplicados por la jurisprudencia de otros países, son los siguientes:

. La delegación ha de ser concreta y especial, de tal forma que cuando se producen errores porque existen materias o competencias dentro de la empresa cuyo ejercicio no está bien delimitado resulta responsable el superior, esto es, la persona de quien procede el poder originario cuyo ejercicio después ha quedado difuminado

Ejemplo: en una central química el jefe de planta no ha dejado bien claro cual de los técnicos que trabajan en su sección resulta competente para analizar la cantidad de residuos en el aire que va a verterse en la atmósfera).

En cualquier caso debe subrayarse que la delegación no necesita efectuarse de un modo formal – por escrito – , cabe una delegación tácita de funciones, la existencia de la misma en estos casos es una cuestión simplemente de prueba.

. La persona que asuma las funciones ha de ser idónea, con los conocimientos y capacidad suficientes.

Ejemplo: el encargado de obra indica a un trabajador que apenas sí tiene experiencia en la empresa, que enseñe a otro recién llegado como funciona una maquinaria peligrosa).

. Necesidad de *delegar también el dominio necesario para ejercer la función* ya sea sobre los medios de producción humanos, ya sea sobre la ordenación de los recursos necesarios. En los casos en que no se atribuyan al delegado los medios oportunos, pero éste en cambio asuma su función se plantea cuál puede ser su responsabilidad. La solución más correcta pasa por establecer la responsabilidad en exclusiva del delegante y considerar que el delegado no resulta responsable siempre que advierta a su superior de la ausencia de medios e intente “ hacer frente al riesgo asumido con los medios existentes” (Silva).

Ejemplo: El consejo de administración de una empresa papelera decide contratar a un técnico en medio ambiente, para que se ocupe de todo este sector. Aunque este insiste varias veces a la dirección con el fin de que renueven ciertas instalaciones que se han estropeado, esta hace caso omiso. Al técnico no se le atribuyeron competencias para ordenar gastos.

Un supuesto manifiestamente claro en el que falta la atribución de este dominio lo encontramos en los casos de “ delegación aparente” , caracterizados porque el superior utiliza un tercero como “ hombre de paja” o testaferro que externamente aparece como el representante de la empresa, pero que internamente carece de poder alguno, obrando secretamente según los dictados del superior. Las razones por las que se suelen utilizar “ hombres de paja” son variadas, en bastantes ocasiones se utilizan simplemente con el fin de eludir las propias responsabilidades penales y en otras por ejemplo con el fin de ocultar ante terceros quién es el verdadero dirigente de una sociedad.

Ejemplo: un alto funcionario de la Comisión Nacional del Mercado de Valores dirige una agencia de valores, como esta actividad resulta incompatible con su actividad pública sitúa al frente a varias personas que le sirven de pantalla.

Cuando la delegación cumple con todas estas condiciones el superior queda exento de responsabilidad, no obstante, *existe acuerdo en la existencia de un resto de competencia en manos del antiguo delegante que puede dar lugar a una responsabilidad si quiera sea residual.* De este modo, y en primer lugar, el delegante no puede desentenderse hasta tal punto de sus antiguas competencias que si

observa que el delegado va a realizar un comportamiento doloso o imprudente en su ejercicio no tenga un deber de evitarlo. A diferencia de lo que ocurría con la relación entre superior y subordinado, en la que resultaba complejo establecer una posición de garantía, quien delega una función no puede desentenderse totalmente de evitar resultados nocivos para bienes jurídicos que originariamente debía salvaguardar. Las consecuencias de lo que acaba de indicarse son las siguientes: cuando el delegante advierte que el delegado va a realizar un comportamiento imprudente y no hace nada para impedirlo, puede ser autor o bien coautor de la infracción imprudente que éste realice.

Ejemplo: A encargado de la salud laboral en el establecimiento X, delegó en un trabajador T en principio idóneo el mantenimiento de los dispositivos de seguridad de una determinada maquinaria. A advierte que T durante algún tiempo no realiza correctamente sus funciones, pero como existe una inminente promoción dentro de la empresa y considera que T es un posible competidor por lo que decide no decir nada. Como consecuencia de todo ello un trabajador pierde la vida. Tanto A como T serían responsables a título de autor del homicidio imprudente.

Algo más complicado resulta señalar cuál es la responsabilidad del delegante cuando no es consciente del comportamiento defectuoso del trabajador. Y es que contestar a esta pregunta requiere indagar sí y, en su caso, en qué medida existe un deber de cuidado que pesa sobre todo delegante en virtud del cuál debe periódicamente vigilar la actuación del delegado. A esta pregunta no puede contestarse de modo tajante. Pues la respuesta debe ser el resultado de una ponderación entre distintos intereses que el juez habrá de explicitar en la sentencia, como ocurre por lo demás con cualquier otro deber de cuidado no fijado por el legislador o la costumbre. Los intereses más relevantes a ponderar son la importancia del bien jurídico y el grado de peligro que para el mismo suponga la actividad delegada. Asimismo habrá de tenerse en cuenta la necesidad de la delegación. Si esta resultaba muy necesaria, porque por ejemplo el delegante carecía de los conocimientos técnicos precisos para ejercer una determinada actividad, las obligaciones de supervisión se reducen notablemente. La infracción de este deber de cuidado, en los casos en que el delegante actúe imprudentemente, puede dar lugar a responsabilidad del superior a título de autor – accesorio – en

comisión por omisión; si se admite la complicidad en la imprudencia y se indica además que la participación imprudente resulta impune el delegante sólo responderá en caso de que pueda ser considerada autor, pero no participe pues autor del delito imprudente será generalmente el delegado).

Este método, la ponderación de los distintos intereses en juego, constituye también el método a seguir a la hora de establecer la existencia y en su caso los contenidos de un posible deber de vigilancia del delegante originario en el caso de que exista una cadena de delegaciones, hecho que resulta harto frecuente. En este caso la responsabilidad del primer delegante no irá más allá, en su caso, de la participación imprudente en el hecho, que como sabemos según la opinión prevalente resulta impune. Ejemplo: A, ingeniero técnico, es el encargado de la seguridad para todos los establecimientos de la empresa que se encuentran en distintas localidades. A delega en B la seguridad en uno de estos establecimientos y a su vez B encarga a C que se responsabilice de la seguridad en una de las plantas, C comete un grave error que origina la muerte de un trabajador.

c) Distribución de responsabilidad entre personas situadas a un mismo nivel (el principio de confianza).

En este apartado nos ocuparemos de dar respuesta a las cuestiones que plantean casos como los siguientes:

Ejemplo 1: B es el encargado de ordenar el vaciado de los tanques en los que se contienen los residuos al río, antes de dar esta orden comprueba una serie de informes que le proporcionan sobre distintos aspectos, J y K. Confiando en la corrección del informe de J, B ordena el vertido de las aguas que contienen productos prohibidos por la legislación medioambiental.

Ejemplo 2: El administrador A que es el encargado del marketing y la publicidad dentro de una empresa de electrodomésticos realiza una campaña de anuncios por TV, que puede ser constitutiva de un delito publicitario. El resto de los administradores que conocen el anuncio y a los que les consta la no veracidad de muchas de las afirmaciones que se hacen en él no realizan conducta alguna para que deje de ser emitido.

Ejemplo 3: Un administrador tras ver el anuncio plantea en el Consejo de administración su retirada, tras el debate el resultado de la votación es el siguiente: de los ocho consejeros cuatro

rechazan esta propuesta de retirada, otro se abstiene, dos votan favorablemente. El octavo consejero no asiste ese día aunque posteriormente es informado del debate y del resultado de la votación.

El problema que plantea el primer caso (E1) se reduce a determinar en qué medida existe también en el seno de la empresa un deber de vigilancia entre iguales (¿debe B comprobar la corrección de los informes de los técnicos?). A diferencia de lo que ocurre con la relación delegado-delegante la doctrina de modo mayoritario contesta negativamente a esta cuestión. Los fundamentos de esta opinión se encuentran en el denominado principio de confianza. Acuñado originalmente en el ámbito de las imprudencias cometidas en el tráfico rodado, el principio de confianza consiste en lo siguiente: *los distintos participantes en una actividad tienen que preocuparse exclusivamente por la corrección de su conducta, y no tiene porqué programarla sobre la base de que otras personas libres y responsables pueden comportarse defectuosamente (dolosa o imprudentemente)*. Su función tal como puede apreciarse es delimitar el alcance del deber de cuidado en atención al comportamiento de terceras personas. La razón de ser de esta máxima parece obvia, innumerables actividades no podrían realizarse si las personas que participan en ella tuvieran que actuar presuponiendo que el resto puede comportarse equivocadamente. En concreto, existen dos grupos de actividades en los que la importancia del principio de confianza resulta decisiva: aquellas “ anónimas” en las que no sabemos nada acerca de la competencia y capacidad de los otros participantes (vgr. el tráfico) y las actividades en que resulta necesario fragmentar las tareas con el fin de alcanzar un determinado objetivo (vgr. una operación quirúrgica, la fabricación de un producto o la prestación de un servicio). Aparte de estas razones prácticas, el principio de confianza se fundamenta también uno de los pilares más importantes del tema que abordamos: nadie puede ser hecho responsable por un hecho ajeno.

Ahora bien el principio de confianza tiene sus límites – inversión del principio de confianza – y en estos casos sí que se requiere efectuar el comportamiento de modo tal que se eviten los efectos perjudiciales de conductas defectuosas de

terceros. En el marco del derecho penal de la empresa el límite más relevante aparece cuando “ existen motivos objetivos concretos para sospechar de un comportamiento antijurídico de otra persona” (vid. Arroyo, Feijoo). Retomando nuestro ejemplo (E1) : B sabe que J es un recién licenciado en prácticas, con escasa experiencia en el tipo de análisis que debe efectuar). En este caso los límites del principio de confianza deben establecerse por el juez ponderando entre la importancia del bien jurídico, el grado de peligrosidad de la conducta del presumiblemente no competente, su nivel de incompetencia y, de otro lado, la posible influencia – negativa - de este deber de vigilancia sobre la tarea a realizar en común, pues como se ha señalado en aquellas actividades que suponen un trabajo en equipo la función practica del principio de confianza es permitir que cada uno pueda concentrarse en la realización de su trabajo.

El segundo de los ejemplos anteriores (E2) nos traslada nuevamente al campo de la comisión por omisión: ¿ el trabajador o directivo tienen una posición de garantía en virtud de la cual está obligado a evitar los resultados lesivos que puedan derivarse de las conductas dolosas o imprudentes de sus iguales?. Resulta conveniente señalar que a diferencia de lo que ocurría en los casos anteriores aquí el comportamiento “ defectuoso” del tercero no influye en nada en los buenos o malos resultados de la actuación en común, por lo que no se trata de un problema que pueda resolverse de acuerdo con el principio de confianza. La doctrina, dado que hasta ahora no existen pronunciamientos jurisprudenciales relevantes sobre este punto, responde negativamente a la anterior pregunta señalando que “ cada administrador será garante exclusivamente del ámbito en el que ha asumido competencias específicas y donde tiene perfecta autonomía” (Perez Cepeda). A mi juicio, sin embargo, no cabe ofrecer una respuesta tan tajante. Desde un punto de vista material a la sociedad no le importa cuál es el reparto interno de competencias en el seno de una empresa, lo que se exige es que no genere riesgos lesivos para terceros. En otras palabras, apenas si suscitaría consenso alguno una sentencia judicial en la que se declarase absolutamente irrelevante la omisión del administrador que siendo consciente de que el producto puesto en el mercado tiene

graves defectos, que pueden afectar a la salud de terceros, no hiciera nada alegando simplemente que aquello no era de su competencia, pues él se ocupaba del sector financiero de la empresa. El reparto interno de funciones no es obstáculo a que exista un deber de garantía conjunto, no escindible, por parte de los administradores cuando el bien jurídico afectado sea de extrema importancia o se trate de asuntos que tengan que ver con decisiones vitales y de extrema importancia en el seno de la empresa.

Nos resta, finalmente, por abordar un supuesto específico, el relativo a las decisiones dentro de un órgano colegiado (E3). Punto de partida es el rechazo a la antigua doctrina, de origen italiano, del “ delito colegial” : cuando un órgano adopta una decisión la responsabilidad es de todos los miembros que lo componen con independencia de cuál sea el sentido de su voto. Esta construcción infringe el principio de responsabilidad por los propios actos, que como se ha indicado es clave en toda esta materia. Partiendo de este principio existen dos preguntas claves a las que responder: ¿el votar favorablemente al acuerdo delictivo implica ya ipso ipso que se es responsable del mismo?; y a la inversa ¿el votar negativamente, abstenerse o no asistir a la reunión donde se tomo el acuerdo supone ya la exoneración de todo tipo de responsabilidad?.

En relación a la primera pregunta un sector doctrinal se ha ocupado en primer lugar de cuestiones referentes a la relación de causalidad que son a mi juicio irrelevantes: si existen 6 consejeros que votan sucesivamente, una vez que vota el cuarto a favor del acuerdo, ¿existe algún tipo de responsabilidad en el quinto, en cuanto que su voto desde el punto de vista de la *conditio sine qua non* no es necesario para su adopción?. En cuanto que al derecho penal lo que le interesa es la causalidad en relación a la concreta configuración del resultado (Roxin) no cabe duda de que todos los que votan ha favor han contribuido a su causación.

La cuestión más importante a mi juicio es la siguiente. Para explicarla conviene completar nuestro ejemplo 3: imaginemos que de los cuatro consejeros que votan a favor tres representan al capital mayoritario, el restante representa a una determinada minoría, con poco poder real, pero que quiere congraciarse con quienes verdaderamente deciden en la empresa; ¿es este administrador igual de

responsable que el resto?. Desde un punto de vista formal sí, pues ciertamente en el acto de votar todos son iguales, todos los consejeros tienen idéntico poder, con independencia de cuál sea su poder real en la dirección de la empresa. Si, en cambio, adoptamos un punto de vista material, al que nos obliga la teoría del dominio del hecho, lo cierto es que no todos los administradores tienen un dominio idéntico acerca de cuál va a ser el resultado final del acuerdo. En el momento de la votación el “ consejero minoritario” puede retirar su aporte sin que pase nada, es decir, no tiene capacidad para desbaratar el plan. Posteriormente esta falta de dominio continua. Los “ consejeros mayoritarios” pueden desistir de su decisión en cualquier momento, impidiendo que las instrucciones que para los subordinados de la empresa se desprenden de la decisión se lleven a cabo. En cambio el “ minoritario” por mucho que cambie de opinión, tampoco puede impedir la realización del hecho retirando su contribución en un momento posterior. En conclusión: habrá de ser considerado como un simple partícipe, pues aunque contribuye causalmente a la realización del hecho, no tiene dominio sobre la misma. La solución aquí mantenida no es con todo unánime, prueba de ello es que el Tribunal supremo alemán en su conocida sentencia sobre el “ spray” de cuero mantiene en un casos semejante al expuesto la coautoría de todos aquellos que votaron favorablemente.

Nos queda, finalmente, por analizar cuál es el grado de responsabilidad de los que votan en contra o se abstienen ha de resolverse a partir de los mismos presupuestos materiales. Sobre esta cuestión han de hacerse dos apreciaciones. En primer lugar, que el voto en contra o la no asistencia no exoneran de responsabilidad, cuando pese a esta circunstancia se tiene dominio sobre el acuerdo (E4). En segundo lugar, y fuera de los casos anteriores, puede afirmarse que por regla general salvar el voto o no asistir exoneran de todo tipo de responsabilidad. Este criterio se recoge expresamente en bastantes preceptos del derecho sancionador administrativo en los que se declara la exención de responsabilidad en estos casos (vid. por ejemplo art. 15 de la LDIEC).

E4: En una sociedad controlada por otra, que se encuentra en una situación de insolvencia, se vota en el consejo a favor de vender a la sociedad dominante unos terrenos a un precio muy inferior al del mercado. Aunque la operación ha sido promovida por los consejeros de la sociedad dominante estos, para dar sensación de parcialidad, o bien votan en contra o bien excusan su participación, pues saben que el acuerdo se tomará con toda seguridad..

C) Propuestas de lege ferenda.

Tal como se habrá podido comprobar la imputación de comportamientos dentro de la empresa resulta una cuestión ardua y aún poco aclarada por la doctrina y la jurisprudencia. Por todo ello quizás lo más conveniente sería que interviniera el legislador. La doctrina, el derecho comparado e incluso algunos proyectos, oficiales o no, de carácter prelegislativo (Eurodelitos, Corpus Iuris) proponen en este sentido la inclusión de tres figuras específicas destinados a: .regular de un modo más exacto los requisitos bajo los cuáles una delegación resulta eficaz,

- . los supuestos de responsabilidad del superior en comisión por omisión y
- . la creación de una figura autónoma consistente en la infracción del deber de vigilancia por parte del superior, que actuaría, a modo de tipo de recogida, en aquellos casos en los que no es posible establecer todos los requisitos de la autoría en comisión por omisión y sobre todo en los supuestos en que una determinada figura delictiva carece de modalidad imprudente y a la participación del superior sólo puede atribuírsele este carácter.