

Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa

Juan Pablo Novoa Zegers

Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales
UNIVERSIDAD DE BARCELONA – UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

Investigador
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Planteamiento general

En el derecho penal económico, la criminalidad de empresa, más que la criminalidad “en la empresa”, ha acaparado, principalmente en las últimas décadas, la atención de la doctrina penal. Tal vez esta atención responda a la constatación empírica de que los clásicos criterios de atribución de responsabilidad penal, así como el monopolio que en materia de imputación de responsabilidad penal ostentan las personas naturales, demuestran que no siempre se satisfacen las aspiraciones de prevención que se persiguen con la pena.

En efecto, es una realidad en la criminalidad económica que los delitos de este ámbito no sean cometidos por una sola persona, sino que por varios sujetos cuya intervención puede provenir de dos planos distintos. Por una parte, y en forma habitual, esta intervención se realiza en un plano horizontal, lo cual supone una intervención conjunta en el hecho, pero con una relación de independencia entre los diversos sujetos. Por otra parte, esta intervención conjunta puede provenir también del plano vertical, vale decir, aquella que se ordena jerárquicamente.

Es aquí donde la dogmática jurídico-penal ha observado uno de los temas que más controversia y discusión han generado en el ámbito del derecho penal económico, en donde destaca, principalmente, la problemática relativa a la responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa (superiores jerárquicos) que ordenan a sus subordinados (empleados) la realización de conductas ilícitas y la posible responsabilidad de estos subordinados por la ejecución directa de esas conductas.

La importancia de estos problemas se hace evidente dada la enorme dimensión social que han adquirido las entidades mercantiles y el florecimiento del

mercado y de la actividad económica, lo que representa un importante riesgo para los distintos intereses individuales o sociales involucrados en el normal funcionamiento de todo el sistema económico.

En la actualidad, una considerable parte de la criminalidad económica es criminalidad de empresa, vale decir, criminalidad que se produce dentro o en función de esta organización.¹ Ahora bien, en la generalidad de las empresas existe una estructura organizada que está basada en los principios de división del trabajo y de jerarquía. Dada esta estructura, no nos resulta difícil comprender que la conducta puramente ejecutiva del sujeto subordinado, que por sí sólo o en conjunto con otros produce el hecho delictivo, no siempre es la más relevante desde el punto de vista penal, pues, de hecho, con la sanción exclusiva de éstos, no se alcanzan las finalidades político-criminales perseguidas en el combate de la delincuencia patrimonial económica.²

En efecto, a diferencia de lo que sucede con las modalidades delictivas clásicas, como pueden ser los delitos contra la vida, los delitos sexuales o los delitos de falsedad, en los delitos patrimoniales que tienen lugar dentro de estructuras organizadas en forma jerarquizada lo frecuente será que el ejecutor inmediato, vale decir, el que ejecuta materialmente la conducta, no se revele como el principal protagonista del hecho delictivo; ello se puede deber a un gran número de circunstancias, como son que el subordinado que ejecuta el hecho, se encuentra en una situación de error acerca del significado de lo que está realizando o acerca de su carácter penalmente prohibido (error de tipo o error de prohibición) o, bien, porque obra en una situación de estado de necesidad ante la amenaza de perder su puesto de trabajo o de sufrir otro tipo de consecuencias perjudiciales.³

Lo anterior hace indispensable determinar, en primer lugar, si el órgano jerárquico puede responder criminalmente por los actos cometidos por sus subordinados y, luego, precisar a qué título de autoría o participación responde. Estas serán básicamente las dos preguntas que trataremos de responder en esta exposición, para lo cual, tendremos como punto de partida la distinción entre

¹ La criminalidad de empresa, en palabras de Schünemann, comprende los delitos económicos en los que por medio de la actuación de una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa, citado por Meini, Iván, "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados", *Revista Derecho*, número 52, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pág. 883.

² Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico*, Parte General, Valencia, 1998, pág. 198.

³ Silva Sánchez, Jesús María, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, (Dir. Bacigalupo Zapater), CGPJ, Madrid, 1997, pág. 32.

la responsabilidad penal de los órganos directivos por sus actos comisivos y la responsabilidad penal de éstos por sus conductas omisivas. Ambas hipótesis abarcan, como veremos, la mayoría de los problemas jurídicos penales que la doctrina ha observado en este ámbito del derecho penal económico.

II. Responsabilidad de los órganos directivos por sus actos comisivos

1. Punto de partida

En el marco de los delitos comisivos, los problemas más patentes, pero también los más frecuentes a la hora de fijar responsabilidad en los órganos de dirección de la empresa, se presentan en relación con los delitos comunes puramente resultativos, como son las lesiones, el homicidio, los delitos contra el medio ambiente y, en general, todas aquellas conductas en donde carecen de relevancia práctica tanto las modalidades limitadas de acción como la condición especial del autor.⁴ Por ello, interesa, en primer lugar, determinar en qué medida es responsable la empresa –y con ello su órgano directivo– de que su giro no conduzca a lesiones de bienes jurídicos. Pero, además, hay que contestar también a la pregunta (al menos en el caso de las empresas de gran tamaño) de qué es lo que el órgano directivo ha de abstenerse de hacer para que no se produzcan lesiones de bienes jurídicos a través de la estructura productiva, regida por el principio de división de trabajo.

2. Actualidad de la discusión

Los instrumentos que se disponen en la actualidad para responder a las preguntas antes señaladas parecen en principio modestos, incluso aunque se tengan en cuenta las más modernas posturas de la dogmática penal acerca de los delitos comisivos de resultado.

El punto de partida utilizado por la dogmática señala que la realización del tipo exige que el sujeto actuante haya creado un riesgo desaprobado que se realice en el resultado.⁵ Esto se aplica tanto al delito imprudente⁶ como a los delitos dolosos.

⁴ Frisch, Wolfgang, "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa", en *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, (Mir/Luzón), Barcelona, 1996, pág. 101.

⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, 7ª Edición, Barcelona, 2005, pág. 254; Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª Edición, Granada, 2002, pág. 307.

⁶ Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente*, 2ª Edición, Buenos Aires, 2005. Señala esta autora que este es el criterio dominante tanto en la jurisprudencia alemana como la española.

Ahora bien, a objeto de abordar el tema de esta exposición, creemos pertinente para un desarrollo más armónico de los problemas teóricos que aquí se planteen, diferenciar las siguientes hipótesis: si ha sido el comportamiento del órgano directivo de la empresa el que mediante una relación de causalidad natural, ha producido al resultado típico, o bien si la lesión al bien jurídico ha sido provocada por la propia conducta de la víctima o por la conducta de terceros, principalmente la de los empleados de la empresa. Veamos a continuación estas alternativas.

2.1. Acciones inmediatamente lesivas

Los casos más simples desde un punto de vista normativo son aquellos en los que la conducta del órgano produce inmediatamente el resultado típico. Sin embargo, debemos ser conscientes de que este tipo de situaciones no es común ni mucho menos frecuente, ya que las acciones que pueden producir la lesión de bienes jurídicos de terceros o de la colectividad no suelen ser realizadas por el gerente de la empresa desde su despacho ni por el directorio de ésta, sino que, generalmente, serán realizadas materialmente por un subordinado o empleado de inferior jerarquía.

No obstante, el supuesto planteado no es impensable; un ejemplo para graficar lo propuesto sería: El directorio de una central de energía nuclear, desconociendo en forma directa un informe elaborado por la gerencia de seguridad, que recomienda el reemplazo de piezas desgastadas del reactor principal de la planta, ordena a sus empleados no sustituir dichas piezas, a objeto de abaratar los altos costos que dicho cambio significa para la empresa, y a consecuencia de esta negativa a reemplazar las piezas se produce una fuga de material radioactivo que provoca el envenenamiento de algunos de sus empleados. Ciertamente, en este ejemplo se puede observar que la conducta del órgano directivo produce activa y directamente la lesión en sus empleados, ya que fue él quien ordenó el no cambio de las piezas gastadas, con el peligro que ello acarrea, existiendo una relación de causalidad entre la acción del órgano directivo y el resultado producido, lo cual permitiría imputar dichas lesiones, tanto objetiva como subjetivamente,⁷ a una conducta activa de ese órgano.

Uno de los más influyentes autores en la materia, Wolfgang Frisch, ha señalado que la conducta del órgano directivo produce inmediatamente el resultado típico cuando ese órgano encarga la explotación de determinadas instalaciones peligrosas a subordinados que no son versados en los problemas de seguridad, y

⁷ Ragués I Valles, Ramón, "Atribución de responsabilidad en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva", en *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa* (Coord. Reyna Alfaro), Perú, 2005, págs. 579 y ss.

producto de esas acciones se producen accidentes dañosos, como, por ejemplo, explosiones, contaminación del medio ambiente, lesiones, etcétera.⁸

Si llevamos este criterio al ejemplo, tendríamos que concluir que también habría responsabilidad por una conducta activa del órgano directivo en el caso de que el directorio de la central nuclear nombre como gerente de seguridad de la planta a un sujeto que no tiene los conocimientos necesarios para garantizar su normal funcionamiento y la seguridad de sus empleados y, producto de ello, se produce una fuga de material radioactivo que envenena a los empleados. En este caso, también podría observarse una relación de causalidad entre la acción del órgano directivo y el resultado producido, lo cual abre la posibilidad de imputar las lesiones a una conducta activa del órgano y fijar una posible responsabilidad de sus miembros.

2.2. Acciones lesivas a través de un comportamiento de la víctima

En este segundo grupo de casos, el signo distintivo está en que el daño al bien jurídico se produce por el propio comportamiento del sujeto que es objeto de la lesión. Aquí, la responsabilidad del tercero (por ejemplo, la del órgano directivo o de un empleado subordinado de la empresa) desaparece debido a que la víctima resulta ser una persona con un ámbito de responsabilidad propio y donde el daño aparece como resultado de la conducta del tercero que ejecuta el acto bajo su propia responsabilidad.

Ejemplos citados en la doctrina son: alguien se introduce en una demolición o en un taller mecánico ajeno y allí se lesiona siendo el mismo tercero el responsable de las consecuencias dañosas. Algo similar sucede en el caso de trabajadores de la construcción que a causa de su negligencia al no observar las normas sobre seguridad en el trabajo, se lesionan; de tales daños es la propia víctima la responsable y no el órgano directivo de la empresa, a pesar de que evidentemente el "comportamiento de este órgano ha sido causa del resultado (ya que ha seleccionado y elegido a ese trabajador) y ha abierto la posibilidad de que se produjera el daño".⁹

Frisch sostiene que este grupo de casos tienen relevancia práctica cuando a consecuencia del uso de productos elaborados por la empresa se produce la lesión de bienes jurídicos de los compradores. Para este autor habrá que distinguir dos aspectos, si el comprador utiliza el producto para fines que no son los previstos por el fabricante o desatiende las advertencias acerca de los peligros del producto o de las instrucciones de uso que se le proporcionan,

⁸ Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 103.

⁹ Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 104.

entonces será responsable de los perjuicios que se deriven; por el contrario, si no se les ha informado a los consumidores acerca de los peligros del producto que para la empresa eran conocidos o que sabía como posibles, o si dichos peligros les eran desconocidos producto de su propia negligencia, será la empresa (y con ello, en principio, también su órgano directivo) la responsable de los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores, por el consumo de dichos elementos.¹⁰

El fundamento de esta responsabilidad se puede encontrar, por una parte, en el legítimo interés que tienen los consumidores de adquirir productos que no resulten peligrosos para sí mismos o su entorno familiar y, si son riesgosos, puedan éstos ser advertidos en forma adecuada y oportuna de los peligros que los productos implican a objeto de autoprotegerse de los mismos; por otro lado, si la empresa utiliza su libertad para comercializar productos peligrosos, estará obligada a respetar las condiciones antes señaladas, ya que si pone en circulación un producto peligroso desatendiendo estas obligaciones, creará un riesgo desaprobado por el ordenamiento jurídico, que en el caso de que produzca resultados típicos fundamentará la responsabilidad de la empresa, y en su caso, la responsabilidad del órgano directivo de la entidad.¹¹

2.3. Acciones lesivas a través de comportamientos de terceros

Este tercer grupo de casos nos lleva al núcleo central de la responsabilidad por conductas comisivas de los órganos directivos de la empresa en el caso de organizaciones empresariales regidas por el principio de división jerarquizada del trabajo. Abarca aquellos supuestos en los que se producen lesiones de bienes jurídicos de terceros como consecuencia de incurrir los empleados de la empresa en defectos, equivocaciones o acciones dolosas cometidas por ellos mismos, o bien, en caso de que sea el propio órgano directivo de la empresa quien instruya directamente a sus empleados a cometer el hecho ilícito o, en su caso, éste hecho haya sido provocado o favorecido por dicho órgano.

El círculo de los hechos punibles imaginables en estos casos es muy amplio, ya que, por ejemplo, puede tratarse del desempeño descuidado de las funciones del trabajador o del incumplimiento de los deberes asumidos o, bien, de daños a clientes por estafa o defraudaciones, por infracciones a la normativa económica, pero, también, puede provenir de hurtos en trabajos realizados fuera de las instalaciones de la empresa o por chantajes a clientes, etcétera. Analizaremos a continuación los efectos jurídicos penales que producen cada una de estas alternativas:

¹⁰ Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 105.

¹¹ Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 105.

A. Delitos cometidos por empleados de la empresa producto de defectos, equivocaciones o acciones dolosas de ellos mismos

En relación a estos hechos ilícitos, creemos necesario para abordar este tema responder previamente la siguiente pregunta: ¿Hasta qué punto se puede responsabilizar, al tenor de los principios de los delitos comisivos, al órgano directivo de la empresa por la contratación o el nombramiento de los empleados en cuestión, o por haberles proporcionado los instrumentos para su trabajo o las informaciones necesarias para el ejercicio de sus labores?

Como punto de partida podríamos señalar que no es posible hablar de una actuación ilícita del órgano directivo de la empresa por el mero hecho de designar a un empleado para un puesto de trabajo o de proporcionarle ciertas herramientas y sea éste quien cometa un error o una actuación dolosa en perjuicio de bienes jurídicos ajenos. La razón radica en que no es posible restringir la libertad de actuación de una persona, en este caso la del empleado, y prohibirle aquellas acciones que ofrezcan la oportunidad de cometer delitos, puesto que debe confiarse en que las personas se decidirán por realizar actuaciones conforme a derecho, incluso para el caso de que existan factores favorables para llevar a cabo una actuación inadecuada.¹² Así, si el órgano directivo nombra en un puesto de trabajo a una persona idónea para ejercer la función encomendada y producto de esa función éste comete un hecho ilícito que lesiona bienes jurídicos ajenos, en principio no existiría ninguna razón para que el órgano directivo responda por dicha lesión; obviamente, existen excepciones a este principio, un ejemplo que podría citarse es cuando se atribuyen a un empleado o sujeto dependiente tareas que por sus propias limitaciones (ya sean de salud o por falta de capacidades o conocimiento) no está habilitado para realizar sin un peligro concreto para bienes jurídicos de terceros.

Frisch observa que “la propia atribución de tales tareas crea un riesgo desaprobado; y, si se producen lesiones de bienes jurídicos como consecuencia de alguna de esas previsibles actuaciones erróneas, el órgano directivo de la empresa será responsable de ellas”.¹³ Pensemos en el caso de que el órgano directivo entregue explosivos a un operario que no conoce el manejo ni el uso de los mismos y producto de su desconocimiento causa una explosión y mata a terceras personas o, bien, encomienda la conducción de un bus de pasajeros a un empleado que no tiene los conocimientos, la experiencia o la habilidad para conducirlo y producto de ello choca y mata a varios pasajeros, ciertamente en estos ejemplos es posible fundamentar la responsabilidad del

¹² Frisch, “Problemas fundamentales...”, pág. 106.

¹³ Frisch, “Problemas fundamentales...”, pág. 107.

órgano directivo por las muertes producidas a través de una acción inmediatamente lesiva de éstos.¹⁴

Fuera de estos casos, debemos reconocer que en la práctica sólo en raras ocasiones se reunirán las condiciones para que pueda imputarse a un órgano directivo un delito de comisión activa sobre la base de la conducta infractora de un subordinado, pues es muy raro que una empresa contrate a trabajadores que resulten ser notoriamente incapaces o indignos de la confianza necesaria a la hora de asumir las tareas que les competen, toda vez que el buen funcionamiento de la empresa va a depender del acierto en la elección de tales operarios; por otra parte, tampoco será frecuente que allí donde pueda constatarse un peligro grave para un bien jurídico se produzca un incremento del mismo imputable a un comportamiento activo del órgano directivo, ya que lo normal será que existan fallas en el sistema de organización o carencias en las medidas de control, cuya solución no deberá buscarse en los principios de los delitos activos o comisivos, sino en los principios que informan los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, de los cuales nos ocuparemos más adelante.¹⁵

B. Delitos que provienen de instrucciones directas del órgano de administración o han sido provocados o favorecidos por éste

En caso de que los delitos respondan a instrucciones directas del órgano de administración que no interviene causalmente en la ejecución del hecho, o en que el delito ha sido provocado o favorecido por el órgano de dirección, tanto en la doctrina española como en la alemana se han defendido prácticamente todas las soluciones imaginables a la hora de atribuir responsabilidad a los miembros de estos órganos.

Así, se ha señalado que los miembros del órgano directivo pueden responder como autores, como coautores, como autores mediatos, sin perjuicio de que se ha señalado también que pueden responder a través de las diversas formas de participación en el hecho punible.¹⁶

Silva sostiene que en la medida en que el delito cometido por el empleado subordinado responda a un plan diseñado por los órganos directivos de la

¹⁴ Véase, *supra*, II, 2, 2.1.

¹⁵ Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico*, pág. 201. En este mismo sentido Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 109.

¹⁶ Gallego Soler, José Ignacio, "Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales", en *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Generalitat Valenciana, número 72, pág. 58; Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 39.

empresa o haya sido provocado o favorecido por ellos, podría calificárseles de partícipes,¹⁷ para lo cual resultaría conveniente recurrir a la figura del cooperador necesario.¹⁸ Sin embargo, no deja de producir perplejidad, como ha observado Silva, que “se clasifique de simple partícipe a quien domina de forma esencial todo el hecho típico, en la medida que posee la información acerca del hecho delictivo, controla las estructuras en que la comisión del delito tiene lugar y los cauces y medios de la misma”.¹⁹ En tal caso, parece evidente que la conducta del “hombre de atrás” realiza un comportamiento que reviste todos los caracteres de una evidente autoría.²⁰

Producto de esta incongruencia, se ha sostenido por algunos autores que la estructura básica de imputación en este ámbito la conforma la autoría mediata.²¹ La autoría mediata es un supuesto de los que se denominan de “comisión activa”, esto es, se hace responsable a un sujeto por la conducta que efectivamente realiza, por un “hacer” positivo.²² La doctrina entiende que es autor mediato quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento.²³ Según su concepción tradicional, la autoría mediata es un caso en que la persona de atrás, pese a estar alejada formalmente del delito, es quien tiene el dominio normativo de la situación, porque la persona que tiene delante opera como un mero instrumento en sus manos en la medida en que actúa sin libertad o sin conocimiento, vale decir, actúa desconociendo el carácter delictivo de su conducta y, por ende, no se le puede imputar el hecho ni castigársele.²⁴ El elemento definitorio de esta figura está en que la persona de atrás, el autor mediato, coloca frente al delito a una persona que conforme a las reglas de responsabilidad penal no puede merecer pena.

Ahora bien, con independencia de esta solución doctrinal y sin adentrarnos en los cuestionamientos que realiza la ciencia penal a la hora de establecer los alcances y límites de la autoría mediata, lo cierto es que el problema de

¹⁷ Silva Sánchez, Jesús María, “Responsabilidad penal de las empresas”, en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal* (Schünemann/de Figueiredo), Barcelona, 1995, pág. 369.

¹⁸ La figura del cooperador necesario se encuentra regulada en la letra b) del artículo 28 del Código Penal español de 1995, el cual establece que: “También serán considerados autores: Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

¹⁹ Silva Sánchez, “Responsabilidad penal de las empresas”, pág. 369.

²⁰ Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 200.

²¹ Silva Sánchez, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas”, pág. 14; Gallego Soler, “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 59.

²² La figura de la autoría mediata se encuentra regulada en el artículo 28 del Código Penal español de 1995, el cual establece que “Son autores quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

²³ Bolea Bardón, Carolina, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, 2000, pág. 23; Mir Puig, *Derecho Penal*, pág. 379.

²⁴ El VII Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Atenas en 1957, definió al autor mediato como “aquel que determina a cometer un delito a una persona que no puede ser considerada responsable”.

la calificación jurídica del comportamiento del órgano directivo que actúa desde arriba se plantea en toda su dimensión cuando el empleado que realiza directamente el hecho es plenamente responsable del mismo, lo cual, impide apreciar una autoría mediata en los términos expresados.

Para solucionar este problema un sector de la doctrina²⁵ ha pretendido recurrir aquí a la discutida doctrina del "autor detrás del autor", en concreto a la modalidad referida a los "aparatos organizados de poder",²⁶ con la finalidad de intentar fundamentar la punibilidad de los directivos o dueños del negocio, afirmando igualmente la responsabilidad de los operarios de niveles inferiores. Se trata en definitiva de un mecanismo para poder alcanzar la cúspide empresarial, lo cual coincide con la concepción generalizada de que la permanencia de la responsabilidad penal en los niveles inferiores de la organización empresarial trae consigo un indeseable menoscabo del efecto preventivo de las normas jurídico-penales.²⁷

Fue Roxin en el año 1963 quien postuló una tercera forma de ejercer el dominio de la voluntad en los supuestos de la autoría mediata, ajena a la coacción y al error, que él denominó "dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder".²⁸ Esta teoría surgió como respuesta a los crímenes contra la humanidad y genocidios cometidos por los miembros y funcionarios del aparato de poder del gobierno nacionalsocialista alemán en el período 1943 a 1945, respecto de los cuales podía fundamentarse una autoría mediata de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan deleznable hechos, dominaban su realización sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de estas órdenes.²⁹ Uno de estos personeros fue Eichmann, un alto funcionario nazi encargado de planificar los actos de exterminio ejecutados materialmente por otros en los campos de concentración nazis. En el proceso

²⁵ En la doctrina española podremos mencionar a Gonzalo Rodríguez Mourullo, José Manuel Gómez Benítez, Enrique Bacigalupo Zapater, Juan Bustos, Ushala Joshi Jubert y Carolina Bolea Bardón, todos citados por Meini, Iván, "Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados", Valencia, 2003, pág. 121.

²⁶ Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 43.

²⁷ Véase, supra, I.

²⁸ Como es sabido, esta propuesta procede de los trabajos de Claus Roxin, principalmente en *Straftaten im rahmen organisatorischer machtparate*, 1963. Al respecto Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 109; Muñoz Conde, Francisco, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", disponible en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artmun1.htm>.

²⁹ Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, 7ª Edición, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Barcelona, 2000, págs. 274 y ss.

a que fue sometido en Jerusalén y que condujo a su condena a muerte, quedó probado que Eichmann jamás llevó a cabo personalmente algunas de estas ejecuciones, pero ello no fue obstáculo para considerársele responsable de los delitos que otros habían ejecutado materialmente. Para Roxin, la única razón que podía fundamentar esta conclusión era que Eichmann fuera considerado como autor mediato de estos delitos, en la medida que, por su posición en el aparato de poder, controlaba y dominaba los hechos que otros ejecutaban.

Los factores que Roxin consideraba determinantes para su tesis de los “aparatos de poder organizados” eran originalmente tres: el dominio de la organización, la fungibilidad del ejecutor y que la organización operara al margen de la legalidad. En el último tiempo, este destacado autor incluyó, además, un cuarto elemento denominado de la “considerablemente elevada disponibilidad al hecho”.³⁰

a) Respecto al requisito del dominio de la organización, Roxin sostiene que la calificación de autor mediato en virtud del dominio de la voluntad en una maquinaria organizada de poder puede recaer en cualquier persona que ocupe un lugar en la organización desde el que pueda impartir órdenes al personal subordinado y las ejerza para causar realizaciones del tipo.³¹ Lo relevante para este autor está en que el sujeto detente la capacidad de dirigir la parte de la organización que le estaba subordinada, sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito.³² De ahí “que puedan encontrarse en los distintos niveles de la jerarquía de mando varios autores mediatos en cadena”.³³

b) Luego, en cuanto al requisito referido a la fungibilidad del ejecutor, Roxin sostiene que en los aparatos de poder organizado la consecución del plan se encuentra asegurada en la medida en que si uno de los agentes que coopera en su realización, que según el organigrama de la maquinaria estaba llamado a ejecutar la orden, fracasaba o se negaba a cumplirla, inmediatamente otro iba a suplirle, sin afectar la realización del plan global.³⁴ A partir de ello es posible deducir el contenido del concepto de fungibilidad empleado por Roxin, entendiendo por éste la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de los aparatos de poder ejecutan el último acto que realiza el tipo.³⁵

Este es quizá el elemento más criticable en la construcción de Roxin, ya que no es demostrable empíricamente que en todos los casos de comisión de

³⁰ Roxin, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *Revista de estudios de la justicia*, número 7, Santiago de Chile, 2006, pág. 20.

³¹ Roxin, *Autoría y dominio...*, pág. 275; “El dominio de organización...”, pág. 16.

³² Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 113.

³³ Roxin, “El dominio de organización...”, pág. 16.

³⁴ Roxin, *Autoría y dominio...*, pág. 272.

³⁵ Roxin, “El dominio de organización...”, pág. 17.

un hecho por medio de un aparato organizado de poder se pueda partir de la fungibilidad del ejecutor directo.³⁶ Así, en el caso de ejecutores directos “especialistas”, la fungibilidad no puede operar si no es posible intercambiar a ese ejecutor especialista por otro que posea igual cualidad, ya que de otra manera el ilícito no podría llevarse a cabo de acuerdo al plan global diseñado por la organización.³⁷

A esta crítica se suma que la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no en la situación *concreta del hecho* que se está enjuiciando, en donde el ejecutor del hecho, fácticamente, no puede ser intercambiado en cualquier momento con respecto al hecho concreto. Por ejemplo, “si un guardia de frontera o una entera patrulla se hubiese negado a disparar a un fugitivo (y no hubiera ningún otro guardia en el lugar), nadie podría haber impedido la fuga de ese fugitivo. Esta falta de intercambio podía deberse a que en la situación concreta no se disponía de suficientes medios de reemplazo y que, por lo demás, la certeza de la que habla Roxin se transforma claramente en una mera probabilidad si se parte de que el ejecutor es una persona responsable, esto es, que actúa libremente y puede decidir si ejecuta o no la acción.³⁸ Ante dicha crítica, Roxin argumenta que, como cualquier forma de autoría, la autoría mediata no supone un éxito asegurado, sino que resulta perfectamente concebible una tentativa, como sucede en aquellos casos en que el instrumento no lleva a cabo el delito y no es posible su reemplazo por otro miembro de la maquinaria de poder.³⁹

c) Finalmente, Roxin sostuvo la necesidad de que la maquinaria de poder actuase al margen de la legalidad, lo cual se justificaba en el hecho de que “de la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que mientras la dirección y los órganos ejecutores se mantienen en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delito no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de atrás”.⁴⁰

³⁶ Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, Aspectos del Derecho Alemán y Comparado*, 1ª Edición, Santiago de Chile, 2007, pág. 78

³⁷ Schroeder, Friedrich-Christian, “Der Sprung des Täters hinter dem Täter. Aus der Theorie in die praxis”, citado por Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal...*, pág. 78.

³⁸ Herzberg, “Mittelbare Täterschaft”, citado por Gómez-Jara Díez, Carlos, “¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 88, Madrid, 2006, págs. 132 y 133.

³⁹ Roxin, “Armenkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzeberg”, citado por Gómez-Jara Díez, Carlos, “¿Responsabilidad penal de los directivos...?”, pág. 133.

⁴⁰ Roxin, *Autoría y dominio...*, págs. 276 y 277.



Es precisamente este requisito el gran obstáculo que deben sortear los partidarios del "autor detrás del autor" en los aparatos organizados para poder atribuir responsabilidad penal al órgano empresarial, aun cuando en el último tiempo ha sido el propio Roxin quien ha tendido a matizar la necesidad de que el aparato como tal actúe desligado del ordenamiento jurídico; en efecto, dos han sido los matices difundidos por este autor alemán: por un lado, "el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él", y, por otro lado, "esta desvinculación al derecho no depende ya de la manera como la juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica".⁴¹

Son estas matizaciones, que la doctrina denomina "desvinculación en sentido restringido",⁴² las que han dado lugar a la aplicación de esta figura en el ámbito empresarial. Así, el Tribunal Supremo alemán ha elaborado una jurisprudencia en la que se establece la posibilidad de aplicar esta figura en el ámbito de las estructuras organizativas empresariales o de carácter similar señalando expresamente que "el problema de la responsabilidad en los negocios de las empresas económicas puede solucionarse de esta manera".⁴³

Por otro lado, la figura de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder ha cobrado una inusitada relevancia en el seno del incipiente Derecho Penal Económico Europeo, puesto que en las discusiones que están teniendo lugar con motivo de la elaboración de un texto que contenga la regulación positiva de los "eurodelitos", la introducción expresa en el texto legislativo de la autoría mediata se está contemplando como una posibilidad cierta dada la dificultad que supone comprender estas conductas bajo las figuras tradicionales de autoría y participación.⁴⁴

d) En el último tiempo, Roxin incluyó, dentro de los elementos propios de esta modalidad de autoría mediata, un nuevo criterio denominado de la "considerablemente elevada disponibilidad al hecho". Según éste, "el sujeto que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo. Aquél se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, más preparado para el hecho que otros potenciales delincuentes y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho

⁴¹ Roxin, "El dominio de organización...", pág. 16.

⁴² Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal...*, pág 96.

⁴³ BGH 40, 218, 236 y ss, del año 1994.

⁴⁴ Gómez-Jara Díez, Carlos, "¿Responsabilidad penal de los directivos...?", pág. 139.

del hombre de atrás”.⁴⁵ Son múltiples los supuestos que desempeñan aquí un papel central: por ejemplo, se puede mencionar la tendencia a la adaptación que acarrea la pertenencia a la organización, el empeño excesivo en prestar servicios, sea por arribismo, por afán de notoriedad o por ofuscación ideológica o, también, a causa de impulsos criminales sádicos a los que el miembro de una organización desvinculada del derecho cree poder ceder impunemente.⁴⁶

Como advierte Silva, la teoría de los aparatos de poder organizados, tal cual fue elaborada por Roxin, obedece a una “evidente necesidad político-criminal y se muestra, a la vez, conforme con el sentido del lenguaje, con lo que el marco ontológico no se vulnera al atribuir la condición de autor a estos sujetos”.⁴⁷

Sin embargo, ello no obsta a que tal solución haya sido duramente criticada por la doctrina. En efecto, no son pocos los autores que de la mano del principio de responsabilidad penal, han señalado que no es posible afirmar la punibilidad del autor mediato ahí donde el instrumento es también un sujeto responsable.

Se argumenta que la responsabilidad penal que le incumbe al superior jerárquico en los aparatos de poder organizados por los delitos que realicen sus colaboradores subordinados debe ser a título de coautor, y como tal deben ser tratados. Así, Jescheck sostiene que sólo cabe hablar de autoría mediata en los aparatos organizados de poder cuando los ejecutores directos no puedan ser considerados plenamente responsables, “en el caso de que lo sean, la persona que ocupa la posición central de la organización es un coautor”.⁴⁸

Se decanta también por la coautoría Jackobs, quien critica la aplicación de la autoría mediata en el “aprovechamiento de aparatos de poder organizado por considerarla superflua y nociva tanto desde criterios objetivos como subjetivos”. Entiende este autor que todos los casos de realización de un delito a través de un aparato de poder deben incluirse en la figura de la coautoría, porque “sólo por la comunidad entre los que ordenan y los que ejecutan las órdenes puede interpretarse un hecho concreto del ejecutor como aportación a una unidad comprensiva de varias acciones ejecutivas”.⁴⁹

Otra corriente doctrinal sostiene la idea de que a los mandos superiores de la maquinaria de poder se les debe atribuir responsabilidad penal sólo a título de participación. Pionero en ello fue Gimbernat Ordeig, quien postuló que

⁴⁵ Roxin, “El dominio de organización...”, págs. 19 y 20.

⁴⁶ Un análisis más acabado de estos supuestos en Roxin, “El dominio de organización...”, pág. 20.

⁴⁷ Silva Sánchez, “Responsabilidad penal de las empresas”, pág. 371.

⁴⁸ Jescheck/Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 722.

⁴⁹ Jackobs, Günther, *Derecho Penal*, Parte general (Trad. Cuello Contreras/Serrano González), Madrid, 1997, pág. 784.

la actividad de aquellas personas en quienes surgió la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran y configuraran el aparato de poder que el delito exigía, debía ser calificada de inducción, lo cual permitiría castigarlos con la misma pena que corresponde a los autores.⁵⁰

Por su parte, Maurach/Gössel/Zipf señalan que el problema de los aparatos organizados de poder debe resolverse tomando en cuenta el grado de presión que puede ejercer el superior jerárquico sobre el instrumento mediante el aparato de poder organizado. Así, habría autoría mediata cuando la presión del órgano es de tal entidad, que pasa a controlar o dominar la voluntad de quien lleva a cabo la acción, y en donde el instrumento es verdaderamente tal, motivo por el cual no tendría que responder penalmente, pues habría actuado por medio del error o la coacción. En cambio, habría inducción cuando la presión ejercida por el órgano superior es insuficiente para la exculpación del ejecutante.⁵¹ Como puede observarse, estos autores distinguen para la calificación de los intervinientes en el aparato de poder organizado, la magnitud de la presión que sobre ellos ejerce el aparato, con la novedad de que no ven coautoría cuando la presión del aparato sobre el instrumento no es muy intensa, reconociendo que en este caso el autor tras el autor es un inductor.

En el último tiempo, Muñoz Conde ha recurrido a la figura de la “coautoría mediata” para atribuir responsabilidad en los aparatos de poder organizados, en donde el ejecutor material es un mero instrumento del hombre de atrás y éste último se caracteriza por mantener el dominio funcional del hecho, aun cuando no se encuentra presente en su ejecución material.⁵²

La doctrina nacional, en su mayoría, tiende a acoger la postura de Gimbernat Ordeig, señalando que quien ordena una ejecución masiva es inductor, debiendo aplicársele el número 2° del artículo 15 del Código Penal chileno; por su parte, el que la ejecuta es autor ejecutor del artículo 15, número 1°, y quienes se encuentran en medio de la maquinaria de poder responderán, según su concreta participación en el hecho, ya sea como autor-cómplice del artículo 15, número 3° o, bien, como cómplice del artículo 16 del Código Penal.⁵³

⁵⁰ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Buenos Aires, 2006, pág. 163.

⁵¹ Maurach/Gössel/Zipf, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II (Trad. Jorge Bofill), Buenos Aires, 1995, págs. 354 y ss.

⁵² Muñoz Conde, “¿Cómo imputar...?”; En un sentido similar Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 133.

⁵³ Cury/Matus, “De las responsabilidades de los delitos, artículos 14 a 17”, en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Libro Primero, Parte General (Politoff-Ortiz Quiroga), Santiago de Chile, 2002, pág. 243. En un sentido similar Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, 1997, pág. 309.

2.4. La cuestión de la autoría mediata en su modalidad de los aparatos de poder organizados en la jurisprudencia chilena

Un importante obstáculo para efectuar un diagnóstico sobre el tratamiento de la autoría mediata en su modalidad de los aparatos de poder organizados en la jurisprudencia chilena lo constituye el hecho de que en muy pocas ocasiones los pronunciamientos de nuestros Tribunales Superiores se han referido expresamente a esta cuestión. En efecto, en esta materia a menudo sucede que las sentencias que recogen esta modalidad de autoría mediata tan solo aludan a alguno de sus requisitos, con lo cual ya de entrada es difícil pronunciarse sobre si la jurisprudencia admite o no en forma general esta estructura dogmática.

De hecho, un repaso de los diversos pronunciamientos de los tribunales en este tema muestra que la utilización de esta modalidad suele invocarse en procesos judiciales que contienen un fuerte contenido político en donde muchas veces es difícil entender si se persigue una real y verdadera necesidad de obtener justicia para las víctimas o bien se busca un afán de venganza por hechos ocurridos, en algunos casos, hace más de treinta años. Por ello no debe sorprender que el abordaje jurisprudencial a la modalidad de los aparatos de poder organizados naciera y siga manteniéndose para los procesos denominados "sobre derechos humanos", por hechos ocurridos durante el gobierno del ex presidente Augusto Pinochet Ugarte.

Como a continuación se verá, es en estos casos cuando nuestros Tribunales Superiores de Justicia han recurrido a la modalidad de los aparatos organizados de poder, admitiéndola como título adecuado para hacer responsables criminalmente tanto al general Pinochet como a sus colaboradores.

Sea como fuere, el tratamiento de la autoría mediata en su modalidad de los aparatos de poder organizado puede sintetizarse a partir de los siguientes fallos jurisprudenciales:

1. En el enjuiciamiento del famoso "caso Letelier" nuestros Tribunales Superiores, a través del Ministro Instructor Adolfo Bañados Cuadra, tuvieron ocasión de pronunciarse, por primera vez, sobre la autoría mediata en su modalidad de aparatos organizados de poder. Más allá de la opinión que nos merezca la decisión del Ministro Instructor en cuanto a qué título debían responder los autores de dicho atentado, lo cierto es que su establecimiento supuso la trascendental consecuencia de que nuestros Tribunales reconocieron la posibilidad de aplicar esta modalidad de la autoría mediata. Los concretos términos de esta importante sentencia fueron los siguientes:

“138°) Que esta inter-relación humana ha sido estudiada por Claus Roxin en su monografía, Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal (incorporada a la recopilación Problemas actuales de las Ciencias Penales, Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1970) y la caracteriza como el dominio de la voluntad que se produce en un órgano de poder, que puede ser de índole militar, política, ideológica, de Estado, en que los jefes emplean el instrumento de poder que aquellas les confieren, dando las órdenes y pudiendo hacerlas cumplir, intercambiando a los ejecutores según su conveniencia, lo que en la vida real anula o hace casi imposible toda resistencia u oposición; aquel que imparte la orden es el autor mediato.

Este es un estado de cosas perfectamente asimilable al de Townley, inserto como estaba en la estructura jerarquizada y militar de la DINA, en términos que si legalmente no podían ser compelidos a acatar esa orden, en la práctica el influjo, la autoridad y el ascendiente del Director, a través de la orden transmitida por el Coronel Espinoza, debió gravitar sin contrapeso en el ánimo del agente de facto como para poder afirmar que se encuentra en la situación de quien es forzado irremediabilmente a cometer un determinado acto.

140°) Que en consecuencia los procesados son responsables del delito de homicidio en calidad de co-autores, en razón de lo que preceptúa el artículo 15 N° 2 del Código Penal, cuando define entre los autores de un delito, a los que fuerzan a otro a cometerlo. Los razonamientos que se han desarrollado son excluyentes de la posibilidad de que a los acusados les sea aplicable la fórmula del N° 3 del citado artículo 15 o aquella del N° 2 en la parte que se refiere a la inducción. En efecto la concertación mencionada en ese N° 3 implica de la idea de confabularse o deliberar en un plano de más libertad e independencia que el que cabe suponer en la situación en que se hallaba Townley, y por lo que concierne a la inducción ella consiste en u proceso psicológico dirigido a conquistar la voluntad de un tercero, acto de persuasión que nada tiene que ver con el efecto coercitivo que acaba de atribuirse al mandato que recibió Townley de parte del Director de la DINA...”.⁵⁴

2. A partir del fallo del “caso Letelier”, nuestra jurisprudencia ha utilizado esta modalidad en otras causas sobre derechos humanos, como es en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que desaforó al General Pinochet, por el caso “Caravana de la Muerte”, en donde, si bien no se menciona en forma expresa la autoría mediata en lo aparatos de poder organizado, puede concluirse que sí se le considera al fundamentarse el fallo, ya que algunos de sus elementos están presentes:

“12°) Que... para reputar autor, cómplice o encubridor al parlamentario sujeto a fuero... era público y notorio que en la época de los acontecimientos que in-

⁵⁴ Revista Fallos del Mes, año XXXV, noviembre, 2003, págs. 154 y 155.

vestiga el ministro instructor... el General de Ejército Augusto Pinochet Ugarte se desempeñaba simultáneamente como Presidente de la Honorable Junta Militar de Gobierno, que acumuló en sí las funciones constituyentes, ejecutiva y legislativa, y Comandante en Jefe de la institución castrense a la que pertenecía. En esta última calidad tenía la tuición directa de los Servicios de Inteligencia del Ejército y era la autoridad superior de los tribunales militares en tiempos de guerra... pudiendo delegar el todo o parte de estas facultades.

13º) Que el carácter de Presidente de la Honorable Junta Militar de Gobierno, del general Augusto Pinochet Ugarte..., lo mantuvo hasta fines de mil novecientos setenta y cuatro...

14º) Que, bajo el prisma enunciado en las dos motivaciones precedentes, nace la primera sospecha fundada sobre la participación culpable del senador vitalicio, la que se apoya en aquella delegación de sus funciones jurisdiccionales como jefe máximo de los tribunales militares en tiempos de guerra que exhibió el general Sergio Arellano Stark...".⁵⁵

3. También se recurrió a esta figura, aun cuando tampoco se le señala en forma expresa, en la sentencia que desafuera a Augusto Pinochet Ugarte en la denominada "Operación Cóndor". Los términos utilizados en esta sentencia fueron los siguientes:

"14º) Que... el Ejército es una institución jerarquizada y la Dirección de Inteligencia Nacional tenía una estructura militarizada y, por lo mismo, igualmente jerarquizada en que, por regla general, el jefe directo y los superiores ordenan y disponen lo que deben realizar sus subalternos, sin que sea posible que estos últimos desarrollen labores por iniciativa propia, de lo cual, además, deben rendir cuenta en tiempo predeterminado, aspectos que controla el mando...

15º) Que tales elementos de juicio... dan suficiente cuenta del conocimiento por parte de Augusto Pinochet Ugarte de hechos que como los reseñados estuvo en situación de impedir...".⁵⁶

4. En donde sí se alude expresamente a esta modalidad de autoría mediata es en el fallo recaído en la denominada "Operación Albania":

"20º) Que atendida la calidad de autor que precedentemente se ha atribuido a los seis acusados y para establecer claramente la participación... es útil y necesario

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2000. En <http://www.anfitrion.cl/actualidad/relacion/jurisp.noticiosa/fallo7.html>.

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de julio de 2004. En <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/desafin8.html>.

aclarar que en el presente caso y dada la estructura militar y jerarquizada y compartimentada del organismo que participó en el operativo en estudio, existió al menos dos tipos de autores claramente definidos: a) los autores directos y materiales de los delitos cometidos, que son todos los participantes, menos el Comandante de la División Metropolitana de la Central Nacional de Informaciones...; b) el autor mediato, quien dio las órdenes pertinentes, manteniendo siempre el control de todas las acciones, atendida su competencia y atribuciones, con lo que ha adquirido la condición antes señalada en los delitos investigados, al forzar a otros para su comisión, usando su jerarquía y autoridad;

21°) *Que en relación a la segunda forma de autoría recién citada y para centrar ésta a nuestro derecho positivo, procede recordar que el N° 2 del artículo 15 del Código Penal considera autores de un delito a “los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”.*

...En nuestra legislación, en la autoría mediata, el intermediador actúa dolosamente, y no como simple instrumento; tiene conocimiento de que comete un delito forzado o inducido y, por ende, si bien es mediador entre el que fuerza o induce y el resultado, es mucho más que un medio de ejecución, y por ello es también autor, pero inmediato.

El N° 2 del artículo 15 consagra legislativamente lo que la doctrina denomina “el autor detrás del autor, con las siguientes características: a) Coexisten dos acciones, la del autor mediato, constituida por el empleo de la instigación, y la del autor inmediato, que materialmente realiza el hecho, y b) Tanto el autor mediato como el inmediato actúan dolosamente en el mismo sentido, de modo que este último no es un instrumento del primero, porque sabe lo que hace y la significación de su actuar, que viene a ser el efecto o consecuencia complementaria de la acción del inductor. Se trata de dos acciones complementarias, de cuya concurrencia se requiere para la existencia del delito: sin el comportamiento del autor mediato no se incurriría en delito...”⁵⁷

5. Finalmente, especial hincapié en los requisitos doctrinales que exige esta modalidad de autoría mediata pone el fallo dictado recientemente por la Corte Suprema, que acogió el pedido de extradición solicitado por el Gobierno peruano en contra del ex presidente de dicha nación Alberto Fujimori:

“NONAGÉSIMO SÉPTIMO: ...Que en este orden de ideas, en la autoría mediata el autor obviamente no realiza o ejecuta una conducta típica, ya que se mantiene el dominio de la realización del hecho por un tercero a quien su voluntad se somete

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de julio de 2006. En http://emol.com/noticias/documentos/pdfs/sentencia_homicidio.pdf.

a sus propósitos. Según Claus Roxin, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual, sino como un engranaje mecánico. A este autor mediato le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea, aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará sin que se perjudique la realización del plan total. De lo anterior, podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata la existencia de una estructura organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. De esta manera, es claro que el autor mediato será aquel que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá...”.⁵⁸

La importancia de esta resolución está en que reconoce con carácter general que son requisitos propios de esta modalidad de autoría mediata la fungibilidad del ejecutor y la existencia de una estructura organizada, no mencionándose, eso sí, la necesidad de la desvinculación del ordenamiento jurídico por parte del aparato de poder, aun cuando se entiende que la Corte Suprema la considera en su sentido “restringido”, por cuanto utiliza esta figura respecto de delitos de homicidio calificado y lesiones graves.

2.5. Toma de posición

A la luz de los principios y fundamentos que rigen la figura de los aparatos de poder organizados, no nos resulta correcto entender que la responsabilidad del “hombre de atrás” en estos supuestos pueda ser encuadrada en las figuras de la coautoría o de la inducción.

En efecto, si calificamos de coautor al hombre de atrás, tendríamos que reconocer que éste no solo participa o ejecuta acciones en la fase preparatoria del delito, sino que también ha intervenido de igual forma en la fase ejecutiva de éste, lo cual supondría que el hombre de atrás conoce a los ejecutores materiales del delito, o los conocerá al instante de su ejecución, o tomará contacto con ellos.

Sin embargo, estas circunstancias no se condicen con el supuesto de hecho del autor detrás del autor en las maquinarias de poder organizado, que exige que el autor de atrás no conozca ni tome contacto con los ejecutores materiales de la conducta delictiva. Por eso, concuerdo con Roxin, cuando descarta

⁵⁸ Corte Suprema, 21 de septiembre de 2007. Rol número 3744-2007.

considerar al hombre de detrás como coautor del que ejecuta materialmente la conducta delictual.⁵⁹

Y lo mismo puede afirmarse respecto de la figura de la inducción, ya que para su configuración, como bien reconoce la doctrina,⁶⁰ se necesita de un contacto directo y concreto entre la persona que induce y quien es inducido. El inductor tiene que influir psicológicamente en una persona determinada para que cometa el delito, requisito que no es posible de observar en el hombre de atrás, ya que éste no conoce a quien debe inducir, por ser, precisamente, un sujeto fungible e intercambiable del aparato de poder organizado.⁶¹

Pero la pregunta que debemos responder ahora es si ¿pueden aplicarse las reglas del dominio de la organización a los delitos cometidos por la empresa? Y la respuesta dependerá de si concurren, en el hecho concreto, los requisitos propios de esta figura doctrinal.

Como punto de partida, debemos reconocer que en la mayoría de los casos faltarán, generalmente, tres requisitos de ésta: las empresas no suelen trabajar desvinculadas al derecho, vale decir, no se forman para desarrollar actividades criminales. Tampoco se da una disponibilidad al hecho ilícito considerablemente elevada por parte de los miembros de la empresa, ya que, se ha demostrado empíricamente, la comisión de delitos lleva aparejado un alto riesgo de que el subordinado sea castigado por su comisión o, bien, de que pierda su puesto de trabajo.⁶² Finalmente, también faltará el requisito de la fungibilidad, ya que no es común que en la empresa haya un gran número de empleados que estén dispuestos a cometer acciones criminales y que sean intercambiables entre sí, cuando uno de ellos no quiera o no pueda cometer el ilícito decidido por el órgano de administración. Es en virtud de esta argumentación que Roxin ha rechazado, en forma expresa, esta modalidad de la autoría mediata en los ilícitos cometidos en el ámbito empresarial.⁶³

Pero, por otra parte, también debemos ser conscientes de que no son pocos los autores que se manifiestan a favor de su aplicación en el ámbito empresarial, para lo cual descartan como elementos integrantes de ella, la desvinculación

⁵⁹ Roxin, *Autoría y dominio...*, 330; "Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 1ª Edición, Barcelona, 2000, págs. 171 y ss; "El dominio de organización...", pág. 13.

⁶⁰ Mir Puig, *Derecho Penal*, págs. 404 y 405; Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Tomo II, 3ª Edición, Santiago de Chile, 2005, págs. 167 y ss.

⁶¹ Véase, *supra*, II, 2, 2.3, B.

⁶² Roxin, "El dominio de organización...", pág. 19.

⁶³ Roxin, "El dominio de organización...", pág. 21.

del derecho del aparato organizado y la fungibilidad de los subordinados, "que se considera como un mero dato fáctico que cobra relevancia cuando se valoran las probabilidades de ejecutar el delito, mas no para la existencia del mismo".⁶⁴

Con esta interpretación, la aplicación y justificación, en el ámbito empresarial, de esta modalidad de autoría mediata se hace en extremo expedita, lo cual obedece claramente a una necesidad político-criminal de atacar de manera eficiente esta forma de delincuencia. Sin embargo, el que ello sea así puede obedecer no sólo a una necesidad político-criminal, sino también a que la construcción de Roxin no ha sido capaz de establecer con claridad cuál es el contenido preciso de cada uno de sus elementos.⁶⁵

De lo dicho hasta el momento, y recogiendo esta necesidad de perseguir criminalmente esta forma de criminalidad de empresa, podemos señalar que aceptamos la utilización de la autoría mediata en su modalidad del "autor tras el autor", pero sólo en aquellos casos en donde concurren todos los elementos integrantes de ésta. Creemos que sólo de esta manera puede fundamentarse el dominio que el órgano de dirección tendrá sobre las acciones ilícitas realizadas por los subordinados de esa organización empresarial.

Ahora bien, como en el caso concreto faltará, generalmente, alguno de los requisitos antes mencionados, la aplicación de esta teoría será de escasa ocurrencia. Por ello, no creemos conveniente descartar de antemano la posibilidad de calificar al hombre de atrás en un aparato de poder organizado como coautor (junto con los ejecutores), como inductor, o como cualquiera otra de las formas de autoría y participación que reconoce el ordenamiento jurídico. Entonces, la calificación jurídico-penal dependerá, en última instancia, de la intervención efectiva que haya tenido el sujeto en el acontecer delictivo, razón por la cual así como no se puede afirmar que siempre alguna de las categorías de autoría y participación va a ser aplicada, tampoco es posible descartar alguna de ellas.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, los diversos criterios doctrinales, muchas veces irreconciliables, y los problemas prácticos que se producen a la hora de imputar la realización de un delito en comisión activa al órgano directivo,⁶⁶ han determinado que en el ámbito de la criminalidad de empresa,

⁶⁴ Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 197.

⁶⁵ Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal...*, págs. 76 y ss.

⁶⁶ A todos los problemas a que ya nos referimos con anterioridad, debemos agregar que, en opinión mayoritaria de la doctrina, la posibilidad de responsabilizar penalmente, a título de autoría, a los órganos directivos en la esfera de los delitos comisivos se desvanece completamente si el ejecutor material comete un delito de medios determinados, dado que en éstos únicamente podrá ser autor aquella persona que materialmente utilice tales medios, pero no aquella (en este caso el órgano directivo) que

se revele como un medio especialmente apto para superar dichas dificultades, la estructura de la comisión por omisión.⁶⁷

A través de esta estructura, se puede considerar que cometen el correspondiente delito por omisión el órgano directivo que no hubiese evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados, siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u “hombre de atrás” se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de la misma y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa. A continuación trataremos en profundidad dicha estructura.

III. Responsabilidad por actos omisivos

Para el análisis de este tema, creemos conveniente partir con un par de preguntas que tienen la ventaja de resumir la problemática jurídica que se plantea en este tipo de casos: ¿pueden ser responsables penalmente los titulares de los órganos de dirección de una empresa que no cometen activamente el delito?, ¿pueden tener responsabilidad por un mero “no hacer”? En la dogmática actual de la autoría de la delincuencia empresarial, “ésta es la verdadera cuestión controvertida, esto es, la cuestión de la responsabilidad omisiva atribuible al órgano directivo por el comportamiento del subordinado”.⁶⁸

Un calificado sector doctrinal, entre ellos Frisch en Alemania y Silva y Martínez-Buján Pérez en España,⁶⁹ han decidido acudir a la estructura de la comisión por omisión, con el fin de atribuir responsabilidad penal a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no han evitado que el hecho delictivo sea ejecutado por sus empleados, “siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u hombre de atrás se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligros derivados de la misma y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa”.⁷⁰

simplemente se limita a no impedir el hecho, el cual sólo podrá ser calificado, en su caso, de partícipe. Algo similar ocurre con los delitos de mera actividad, en Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, pág. 201.

⁶⁷ Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 201; Silva Sánchez, *Responsabilidad penal de las empresas*, pág. 371; Frisch, “Problemas fundamentales...”, pág. 110.

⁶⁸ Gallego Soler, “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 67.

⁶⁹ Frisch, “Problemas fundamentales...”, pág. 110; Silva Sánchez, “Responsabilidad penal de las empresas”, pág. 371; Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 201.

⁷⁰ Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 201.

Esta idea, aun cuando es relativamente reciente, ya ha encontrado eco en algunos proyectos legislativos europeos; mención especial merece el artículo 13 del *Corpus Iuris*, que contiene las normas penales para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea, que establece que “cuando se cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 1 a 8 en nombre de la empresa por una persona sometida a su autoridad, serán penalmente responsables el empresario o cualquier otra persona con poder de decisión o de control en el seno de la empresa que conscientemente hubieran dictado órdenes, permitirían la comisión del delito u omitieran los controles debidos”. Esta norma nos permite deducir que pueden ser títulos de imputación de la responsabilidad penal del órgano directivo, la omisión de los controles debidos y el permitir que otra persona cometa un delito.

Corresponde fundamentalmente a Schünemann⁷¹ el mérito de haber aplicado la dogmática de la comisión por omisión en el ámbito de la delincuencia empresarial y de haber efectuado un convincente desarrollo de las ideas básicas que deben estar presentes en el traspaso de la dogmática general de la omisión impropia a la problemática de la responsabilidad penal de los órganos directivos en estructuras jerarquizadas.⁷²

El mencionado autor reconoce que es posible encontrar en la legislación penal de su país (ya sea en el propio Código Penal o en leyes penales especiales) algunos preceptos concretos que, respondiendo en principio al esquema propuesto, regulan *expressis verbis* la responsabilidad penal, en comisión por omisión, de los órganos jerárquicamente superiores por los hechos cometidos directamente por los subordinados.⁷³ Así, el punto de partida propuesto por Schünemann consiste en recurrir a los preceptos generales que regulan la omisión impropia y a la correspondiente doctrina elaborada a partir de ellos, para luego elaborar principios generales que se adapten a la peculiar posición que ocupa el órgano directivo dentro de la organización de la empresa.

En relación con esto, Schünemann advierte que “las tradicionales fuentes de la posición de garante (no sólo las fuentes formales, sino incluso las más modernas fuentes materiales de garante, basadas en el deber de proteger

⁷¹ Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln (y otras), 1979, págs. 70, 77 ss., 84 ss. y 95 ss., citado por Gallego Soler, “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 70.

⁷² Tomaré las ideas principales de esta estructura de la obra de Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, págs. 201 ss.

⁷³ Del mismo modo, algunos penalistas españoles que se han ocupado del tema han apuntado también que en la legislación penal española pueden encontrarse algunas normas vinculadas a concretas figuras delictivas de la parte especial que reflejan este esquema de imputación por omisión, entre ellos están los arts. 238 y 499 bis del C. Penal de 1995. En contra de esta postura por observar una grave confusión teórica se manifiesta Silva Sánchez, “Responsabilidad penal de las empresas”, pág. 373.

determinados bienes jurídicos o el deber de velar por determinadas fuentes de peligro) no ofrecen un apoyo suficiente para averiguar en qué casos de la criminalidad empresarial es posible entender que un determinado resultado es imputable a una omisión de la misma manera que si se hubiese realizado a través de un comportamiento activo".⁷⁴ Para este autor, el factor de "dominio que posee el órgano directivo que se encuentra en posición de garante sobre la causa del resultado" es el elemento de equiparación entre comisión activa y omisiva.⁷⁵

Esta idea del dominio ha sido adoptada por Silva, quien entiende que conforma una exigencia que va más allá de una genérica posición de garantía del órgano directivo respecto de los delitos que pueden llevarse a cabo en el seno de la empresa. Señala que el fundamento de la imputación de la responsabilidad a los órganos directivos proviene del nacimiento de unos ámbitos específicos de competencia individual (fruto de la división funcional del trabajo y de la estructura jerárquica). De cada uno de esos ámbitos de competencia se hace responsable un sujeto, "quien, de ese modo, pasa a responder del *output* que surja de la correspondiente esfera de dominio, cuya organización interna le compete".⁷⁶

Por ello, en opinión de Silva, la posición de garantía reviste en la criminalidad de empresa una naturaleza mucho más específica, "aparece como un compromiso de contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de competencias las que delimitarán los concretos riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya no-adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo equivalente a la comisión".⁷⁷ Por consiguiente, el órgano directivo asume un específico compromiso individual, el cual traslada su competencia, que conlleva el dominio y, a la vez, la responsabilidad. Sólo "tal compromiso, en virtud del cual se asume la correspondiente competencia, tiene la virtualidad de producir en el hecho una identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa".⁷⁸

De lo anteriormente dicho, es posible deducir aquí dos principios que tienen la virtualidad de ser el punto de partida para determinar la responsabilidad penal de los órganos directivos por los delitos perpetrados en comisión por omisión:

⁷⁴ Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 203.

⁷⁵ Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 204.

⁷⁶ Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 371.

⁷⁷ Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 372.

⁷⁸ Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas", pág. 372.

- a) En primer lugar, que lo decisivo para determinar la posición de garante del órgano directivo es el ejercicio material de las funciones propias de una determinada esfera de competencia, y
- b) Que no es posible afirmar que todos los directivos de una empresa responden en comisión por omisión por los delitos cometidos en ella, primando la idea de la inexistencia de una responsabilidad por el cargo (condición formal por el cargo).⁷⁹

Debemos agregar que algunos autores, entre ellos Frisch, han opinado que este criterio general de dominio no sirve para justificar en exclusiva el fundamento y los límites de la responsabilidad omisiva del órgano directivo en la criminalidad de empresa. Por tal motivo, se ha agregado un segundo criterio genérico que dice relación con el “ejercicio de las facultades de autoorganización”.⁸⁰

Expuesto de forma abreviada, este planteamiento deriva del principio de libertad y del derecho al desarrollo de la personalidad, por el cual se entiende que la actividad de los seres humanos no conocen más límite que los derivados del correlativo derecho de los demás ciudadanos. Acorde con ello, la responsabilidad en el ámbito de la organización encuentra su fundamento “en el deber, que se deriva de una pacífica convivencia en sociedad, de asegurar que los cursos peligrosos desplegados por cada cual en su propia actividad no importen lesiones a bienes jurídicos de otros”.⁸¹

Trasladado lo anteriormente dicho al ámbito de esta exposición, quiere decir que, sobre la base de la autoorganización en el ámbito empresarial, se puede fundamentar la existencia de un derecho y un deber que le corresponden al titular de la empresa, que a estos efectos será aquel que configura y organiza la actividad con exclusión de terceros, en cuya virtud asume las consecuencias de dicha organización, sean éstos positivos, los cuales se manifiestan en el derecho de hacerse con los beneficios que produce su actividad, o bien negativos, que se expresan en el deber de responder de las lesiones a los bienes jurídicos protegidos.⁸²

⁷⁹ A igual conclusión llegan Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 205; Gallego Soler, “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 71, y Silva Sánchez, “Responsabilidad penal de las empresas”, pág. 372.

⁸⁰ Frisch, “Problemas fundamentales...”, págs. 112 y 113.

⁸¹ Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 811.

⁸² Frisch, “Problemas fundamentales...”, pág. 112, para quien el fundamento normativo de la posición de garante se encuentra en la ponderación de intereses que se derivan del principio de organización, y de la exclusión de terceros de conductas que uno emprende y que se suponen un riesgo para otros; en términos similares Robles Planas, Ricardo, *Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 1ª Edición, Barcelona, 2007, pág. 68.

Ahora bien, con carácter general, podemos señalar que la estructura básica del tipo objetivo de la comisión por omisión requiere acreditar la concurrencia de los siguientes requisitos: una situación típica de la que surge el deber de realizar una determinada acción, pero sólo para quien se encuentre en una posición de garante; la ausencia de la conducta debida, y la capacidad individual de realizar la acción.

El especial deber de actuar sólo concurre en el garante, esto es, en quien ostenta una específica función protectora del bien jurídico afectado (ya sea por una estrecha vinculación familiar o por una comunidad de peligro) o en quien tiene una función personal de control de una fuente de peligro que opera en su propio ámbito de dominio, porque crea el peligro (actuar precedente) o ejerce su vigilancia y prevención (cosas, animales o personas).⁸³

Expuestas estas líneas generales de la comisión por omisión, conviene que nos detengamos a analizar los dos grandes temas que derivan de ésta y que influyen de manera sustancial en la delincuencia empresarial, como es, por una parte, el fundamento del deber objetivo de garantía del órgano directivo derivado de las especiales posiciones de responsabilidad, y, de otro lado, la forma de ejercitar dichos deberes y, en concreto, el caso del cumplimiento de deberes en supuestos de delegación de competencias.

1. Fundamento del deber de garantía del órgano de administración

En relación al fundamento del deber de garantía del órgano directivo, concuerdo con Gallego Soler, cuando señala que el punto de partida en esta materia nos lleva a afirmar “que el titular de una actividad empresarial tiene que asegurar la legalidad, de tal modo que debe no sólo observar personalmente la ley penal, sino que también tiene que impedir que se conculque por los sujetos que cooperan con él”.⁸⁴

Por su parte, Silva afirma la existencia de “una posición de garantía inicial”, que consiste en la competencia originaria del empresario, en donde éste crea una organización para la producción y distribución de bienes o para la realización de servicios. Esta organización conlleva la asunción del compromiso que de la misma no resulten hechos lesivos.⁸⁵ De acuerdo con esto, el empresario

⁸³ Por todos Mir Puig, *Derecho Penal*, págs. 317 y ss; Silva Sánchez, Jesús, *El delito de omisión*, 2ª Edición, Buenos Aires, 2003, págs. 351 y ss., y Novoa Monreal, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, 1ª, Edición, Buenos Aires, 1984, págs. 121 y ss.

⁸⁴ Gallego Soler, “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 69.

⁸⁵ Silva Sánchez, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas”, pág. 14; también en Robles Planas, *Garantes y cómplices...*, pág. 68.

se encuentra obligado a controlar que las conductas que se desarrollen en el ámbito de la empresa, que él ha configurado (tanto omisivas como comisivas) no generen resultados lesivos para bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico.

Como puede apreciarse, la posición de garantía del órgano directivo, o en su caso del empresario, proviene del compromiso asumido desde el momento en que el órgano superior jerárquico se ve involucrado dentro de la estructura de la empresa y acepta el cargo que se encuentra desempeñando. A partir de ese momento este órgano asume frente a los demás y frente a la propia empresa un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que pueden proceder de las personas o cosas que les resulten sometidas en virtud de su posición, alcanzando tal responsabilidad hasta el punto en donde el hecho resulte ser una expresión de esa posición de dominio del grupo.⁸⁶

No obstante, ésta no es la única razón para afirmar la responsabilidad penal del empresario en comisión por omisión. Se hace necesario, además, adoptar un criterio con contenido material que permita imputar el resultado producido por la conducta del subordinado-ejecutor al órgano directivo. Y como partimos de la hipótesis de que el órgano directivo responde omisivamente, el criterio, creemos, deberá ser el mismo que opera en la teoría general de la imputación en los delitos omisivos, esto es, “el dominio sobre el riesgo que se desencadena en la fuente de peligro que el garante se comprometió a mantener estable”.⁸⁷

2. La delegación de funciones

En relación a la segunda de las cuestiones generales señaladas más arriba, y que dicen relación con las posibles formas a través de las cuales el órgano directivo puede ejercer su deber de garantía, adquiere especial relevancia la figura de la delegación de funciones.

⁸⁶ En España, éste ha sido el criterio utilizado por el Tribunal Supremo para dotar de contenido al deber de garantía del empresario; en efecto, en la famosa sentencia de fecha 23 de abril de 1992, Ponente Bacigalupo Zapater, sobre el aceite de colza, dicho Tribunal sostuvo: “cada uno de los administradores es responsable del control de todos los peligros, normales o no, que sean de consecuencia de la actividad de la sociedad, para lo cual cada uno de aquellos resulta obligado a hacer lo que le sea posible y exigible, según las circunstancias, para lograr que el producto peligroso introducido antijurídicamente en el mercado sea retirado de la circulación, en todo caso para que no sea introducido en él, y aunque no consta que el procesado en el caso haya sido personalmente quien creó el mayor peligro, pues no aparece que haya tenido participación activa en el desvío del aceite desnaturalizado hacia el consumo, pues es indudable que la acción de otro socio administrador creó un riesgo mayor y antijurídico, al enviar diversas partidas del aceite citado para su refinado y posterior comercialización para el consumo humano, sí tenía la posibilidad de todo administrador de ejercer sus facultades legales y estatutarias correspondiente para que aquello no tuviera lugar, es decir, de hacer el intento serio de cumplir con dicho deber, y en la medida en que no lo hizo su omisión es también causal del resultado, dado que la ejecución de la acción exigida hubiera impedido –con un alto grado de probabilidad– la producción de los resultados, ya que el aceite no hubiera sido consumido”.

⁸⁷ A similar conclusión llega Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 303.

En efecto, el desarrollo de la actividad empresarial, salvo raras excepciones, requiere que el titular de la empresa utilice un conjunto de personas que se relacionan entre sí a través de un reparto de funciones y que dirijan sus comportamientos a la obtención de los objetivos sociales fijados por el ente empresarial. Es evidente que el empresario no puede abarcar todos los sectores de su organización empresarial, de ahí que tenga que delegar alguna de sus actividades o funciones. En esta línea de pensamiento, la delegación de funciones es concebida como una operación válida de cara al buen funcionamiento de la empresa, "ya que permite aprovechar las ventajas de la especialización".⁸⁸ Así, la delegación de funciones en persona cualificada supone "un deber de cualquier empresa moderna bien organizada".⁸⁹

De los muchos problemas doctrinales que abarca esta materia, creemos indispensable que nos detengamos a analizar los fundamentos de esta institución y luego ver qué efectos produce la delegación de funciones en la responsabilidad del empresario u órgano directivo. Asimismo, es preciso analizar cuáles son los requisitos de esta institución y en qué medida el delegante se puede exonerar de la responsabilidad penal que le acarrea el hecho delictual cometido por sus delegados en el ejercicio de sus funciones. Finalmente, deberemos detenernos a examinar a qué título de autoría o participación debe responder el empresario u órgano directivo delegante y el empleado subordinado o delegado.

2.1. Fundamento de la delegación de funciones

Hay que empezar por aclarar que en la medida en que la empresa es una fuente creadora de riesgos y peligros para bienes jurídicos que el empresario, generalmente, no es capaz de controlar directamente, necesitará de personal con capacidad profesional y técnica para un adecuado control de esos riesgos. Aquí la delegación de funciones surge como una exigencia que podríamos ubicar en dos planos diversos: la delegación se manifiesta primeramente como una exigencia de racionalización y efectividad en la tutela de bienes jurídicos, y por otra parte, como una exigencia de la propia posición de garante del órgano directivo, en aquellos casos en que éste no posea la especial capacitación técnica que la actividad empresarial requiere.⁹⁰

⁸⁸ Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 121.

⁸⁹ Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 100. En este mismo sentido Lascurin Sánchez, José Antonio, "Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann*, Madrid, 1995, págs. 218 y ss.

⁹⁰ En este mismo sentido Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", op. cit., pág. 101; Silva Sánchez, señala que la delegación de competencias constituye "una condición de la posibilidad de ejecución de lo pretendido con la creación de la misma", en "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 14.

Esto es así, pues el hecho de dar curso a una actividad empresarial no implica, necesariamente, que el empresario sea un experto en todos y cada uno de los ámbitos que componen dicha actividad, por lo que la delegación queda plenamente justificada en el ámbito empresarial y económico.

2.2. Efectos que produce la delegación de funciones

En cuanto a los efectos que produce la delegación de funciones, hay que tener presente previamente que los efectos de prevención que debemos observar en el tratamiento jurídico penal de la delegación nos demuestran que no es posible tolerar que esta distribución y reparto de competencias en el ámbito empresarial acarree la imposibilidad de imputar responsabilidad penal al delegante; luego, hay que tener presente que el empresario poseedor de la posición de garantía inicial u originaria delega, generalmente, su competencia en un órgano colegiado de administración (que suele ser el directorio de la empresa), el cual puede, a su vez, delegar en uno o varios de sus miembros la gestión inmediata de la sociedad.

A partir de ello se van produciendo sucesivos actos de delegación en empleados de los más diversos niveles jerárquicos, que abarcan desde el personal de la más alta gestión de la empresa hasta el último de los operarios. Todo ello, como indica Silva, acaba configurando “un organigrama de competencias que pueden ser de mayor o menor complejidad, pero que, en todo caso, acaba afectando de modo absolutamente significativo el modo de atribución de responsabilidad penal”⁹¹ en el ámbito empresarial.

De ello se infiere que el primer efecto que produce la delegación de competencias o funciones en el seno de la empresa es que la delegación crea una nueva posición de garantía, la del delegado.⁹²

En todo caso, hay que tener claro que aun cuando el acto de delegación constituye una nueva (o nuevas) posición de garantías para él (o los delegados), ésta no cancela o pone fin al rol de garantía que ostenta el delegante, ya que éste mantiene una suerte de responsabilidad residual o “resto de posición originaria de responsabilidad”,⁹³ o dicho en otras palabras, “el garante primario

⁹¹ Silva Sánchez, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas”, pág. 15.

⁹² En palabras de Silva Sánchez, esta nueva posición de garantías proyecta sobre el delegado un nuevo ámbito de organización y responsabilidad, al producirse una ampliación de su esfera de competencia en virtud de la asunción de funciones de control de riesgos, en “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas”, pág. 15. En el mismo sentido Gallego Soler, “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 103; Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico*, pág. 208.

⁹³ Concepto utilizado por Silva Sánchez, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas”, pág. 15.

(delegante) seguirá siendo, en todo caso, un garante mediato, cuyo deber de vigilancia consiste en la observación del cumplimiento del sustituto".⁹⁴ Lógicamente, como veremos más adelante, esta posición de garantía residual incide sustancialmente en la atribución de responsabilidad penal en la esfera del delegante.

Sin embargo, hay que dejar en claro que esta posición originaria no puede entenderse como fundamentadora de una responsabilidad por el cargo, ya que, plantearlo de esa forma, supone constituir una inadmisibles responsabilidad penal de autor y no una responsabilidad por el hecho.⁹⁵

El contenido de esta posición de garantía residual en el delegante es bastante extenso, y podemos mencionar como sus elementos integrantes el de selección del delegado, el de vigilancia y supervisión de su actuación, el de información y formación, el de dotación de los medios económicos y materiales para que el delegado realice su encargo, el de organización y coordinación de la actuación armónica de los delegados, etcétera.⁹⁶

2.3. Requisitos de validez en la delegación de funciones

En cuanto a los requisitos de validez que debe contener el acto de delegación de competencias, creemos que no pueden ser otros que aquellos que permiten al delegado cumplir a cabalidad, con puntualidad y de manera diligente, el encargo recibido resguardando la indemnidad de los bienes jurídicos que la actividad empresarial pone en riesgo. Los requisitos específicos son:⁹⁷

a) La idoneidad técnica y profesional del delegado

El primer requisito de validez de la delegación de funciones es que se realice en una persona profesional, idónea, competente y cualificada para el encargo. Esta exigencia se justifica por la necesidad de nombrar garante a una persona

⁹⁴ Bacigalupo Zapater, Enrique, "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia", en *Curso de derecho penal económico* (Dir. Bacigalupo Zapater), 2ª Edición, Madrid, 2005, pág. 189.

⁹⁵ Sobre el derecho penal de autor, vid. Gómez Martín, Víctor, *El derecho penal de autor*, 1ª Edición, Valencia, 2007, págs. 35 y ss; Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 2ª Edición, Navarra, 2006.

⁹⁶ Martínez-Buján concuerda en que esta competencia residual tiene un contenido variable, según el caso concreto, pero que, en esencia, obliga al delegante a comprobar periódicamente si el delegado cumple realmente con el deber que se le ha asignado y, en caso negativo, a corregirlo o sustituirlo, en pág. 208. En un sentido similar Frisch, "Problemas fundamentales...", pág. 121.

⁹⁷ Estos requisitos han sido extraídos principalmente de la jurisprudencia y doctrina italianas, siendo recogidos y adoptados por algunos autores españoles, como son Lascurín Sánchez, "Fundamentos", págs. 218 y ss; Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", págs. 103 y ss, y Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, págs. 371 y ss.

que sea realmente capaz de asegurar el cumplimiento exacto de los deberes encomendados y, lo que es más importante, que sea capaz de garantizar que en el desarrollo de su actividad no lesionará ni pondrá en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados. En virtud de ello se señala que la incapacidad o falta de idoneidad del delegado paraliza el mecanismo de la delegación, ya que faltaría el rasgo de la traslación del dominio.⁹⁸

Cuando la falta de idoneidad del sujeto en quien se delega no sea manifiesta, habrá que recurrir a las reglas que informan el error de hecho, ya que, por medio de ellas, se podrá determinar la responsabilidad que eventualmente le correspondería al empresario delegante y al delegado inidóneo que asume el encargo.

En efecto, en tanto el delegado sea competente e idóneo, asumirá la posición de garantía, pero también la adquirirá cuando se reconoce incapaz de llevarla a cabo y, a pesar de ello, acepta el encargo, puesto que ello supone un dominio sobre el factor de riesgo propio de la falta de idoneidad.⁹⁹

Por ello, si el delegado inidóneo acepta la delegación de competencia y actúa sólo dentro de su limitado ámbito de dominio, habiendo, previamente, avisado al delegante de dicha limitación, su responsabilidad penal quedará circunscrita a todas aquellas actuaciones que queden fuera del ámbito de su dominio que era conocido por el delegante.

b) La aceptación del encargo por parte del delegado

La responsabilidad penal del delegado podrá hacerse efectiva sólo si éste acepta expresamente la competencia que le entrega el delegante. Dicha aceptación supone materialmente la asunción de la función de control de riesgos por parte del delegado.¹⁰⁰

La aceptación del delegado importa tener un conocimiento exacto y preciso del contenido y alcance de la delegación, de tal manera que si el delegante oculta al delegado, ya sea de manera dolosa o imprudente, el ámbito preciso de su competencia, el delegado no podrá responder penalmente por lo que desconozca, salvo que dicho desconocimiento pueda imputársele a su propia imprudencia.

⁹⁸ Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 104. En términos similares Lascurín Sánchez, "Fundamentos", pág. 221.

⁹⁹ Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 374.

¹⁰⁰ Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 15.

c) *Autonomía funcional y material del delegado*

Aparte de que el acto de delegación tiene que recaer sobre persona idónea y que éste acepte dicha delegación, la transferencia de la posición de garante que se verifica con la delegación ha de venir acompañada de todos aquellos elementos que hagan al delegado un ente autónomo, en donde éste se vea investido del poder y la capacidad para tomar decisiones de forma independiente, y con la suficiente capacidad técnica para el desarrollo de su actividad. En otras palabras, la delegación eficaz requiere que el delegado tenga a su disposición los medios necesarios, esto es, los recursos materiales y potestades de dirección para poder ejercer eficazmente la función de vigilancia y seguridad.¹⁰¹

Esta autonomía se manifiesta en varios ámbitos: en la atribución de dirección del personal subalterno; en la posibilidad de ejercer facultades de paralización de actividades peligrosas y en la dotación de amplios poderes organizativos y de decisión que le concedan autonomía operativa y de control.

Un caso de importancia que se enlaza con este requisito de autonomía funcional y material en la delegación, es aquel en que el delegado carece de los medios para cumplir eficazmente con su función de control de riesgos, porque el delegante no se los suministra, pero, no obstante ello, se mantiene en posición de competencia y responsabilidad. Silva plantea que este caso puede ser abordado desde dos puntos de vista, el primero, al cual denomina como visión "clásica", por estar vinculada a nociones de causalidad, previsibilidad o deber genérico, llevaría a atribuir responsabilidad penal al delegado, pues se entendería que éste, pese a su imposibilidad actual de cumplir con su deber, habría de responder conforme a la estructura de la "*actio libera in causa*",¹⁰² según la cual responde quien provoca o no evita la llegada de una situación en la que no es dable la evitación del hecho delictivo. De este modo, el delegado que se mantiene en su posición (que no renuncia) y actúa u omite –con previsibilidad y poder general– responderá de modo cumulativo con el delegante. La otra solución que propone Silva obedece a una perspectiva más moderna, en la cual debe estimarse que "la competencia para la dotación de medios no ha sido, en puridad, delegada, sino precisamente retenida por el delegante, ya que es a éste –y sólo a éste– a quien corresponde cumplir con ella",¹⁰³ por lo que en este caso responde exclusivamente el delegante. Volveremos en ello más adelante.

¹⁰¹ Choclán Montalvo, José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998, pág. 109; Fernández Cruz, José Ángel, "El delito imprudente: La determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones", en *Revista de Derecho de Valdivia*, volumen 13, 2002.

¹⁰² Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", pág. 19.

¹⁰³ Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", págs. 19 y 20.

d) *El objeto materia de delegación no ha de ser un acto propio del delegante*

Cómo parece obvio, aquellas actividades que son inherentes al cargo que desempeña el delegante no podrán ser objeto de delegación. De aquí se deduce que la eventual sanción que pueda imponerse a quien delega una competencia indelegable de su cargo, deberá ser fundamentada en la teoría de los delitos comisivos y no por una infracción omisiva.¹⁰⁴

e) *Irrelevancia del tamaño de la empresa*

Hay que señalar, finalmente, que la institución de la delegación de funciones puede utilizarse en cualquier estructura empresarial, sin importar el tamaño o complejidad de ésta, exigiéndose solamente que la delegación no se oponga ni perturbe o distorsione la gestión y administración de la empresa, ya que de ser así podría traducirse en el aumento o creación de un riesgo típico desaprobado.

2.4. El efecto exonerante que produce la delegación de funciones

En cuanto al efecto exonerante que posee la delegación de funciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha aceptado esta consecuencia, haciendo un reconocimiento expreso a los requisitos arriba explicados, al señalar que el carácter exonerante que posee la delegación de funciones se da cuando “tal delegación se efectúa en persona capacitada para la función encomendada y se dispone de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar”.¹⁰⁵

Silva es crítico a esta postura del Tribunal Supremo, pues señala que no es posible hablar de una exoneración genérica de la responsabilidad por el solo hecho de concurrir los requisitos referidos. Para este autor, el órgano delegante siempre mantiene una posición de garantía residual y como tal debe responder de los ilícitos cometidos dentro de la esfera de competencia del delegado. Sin embargo, reconoce una excepción a esta regla, que se produce cuando el órgano delega una función específica de la cual no tiene conocimientos precisos y donde su deber de vigilancia no puede abarcar dicha materia, sino sólo para supervisar de modo muy genérico y siempre desde la perspectiva de una gestión racional, la actuación del delegado.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Meini, *Responsabilidad penal del empresario...*, pág. 380.

¹⁰⁵ STS 2053, de fecha 26 de marzo de 1994, Ponente Bacigalupo Zapater. También menciona el carácter exonerante de la delegación la STS 8565, de fecha 6 de noviembre de 1989, Ponente Díaz Palos.

¹⁰⁶ Silva Sánchez, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas”, pág. 29.

Un ejemplo que puede proponerse es el siguiente: Imaginemos el caso de un Director General de un hospital, que no es médico sino ingeniero comercial, y que como tal no posee conocimientos de medicina, el cual delega todos los asuntos médicos del hospital en un Gerente Médico, que posee el título y los conocimientos necesarios para ejercer la función delegada. En este caso, la responsabilidad penal por los ilícitos cometidos en función de la actividad médica del hospital deberán perseguirse sólo en el Director Médico y no en el Director General, ya que el deber de vigilancia de este último sólo alcanza de manera muy genérica a las funciones propias del Director Médico y se cumple con la entrega a éste de los recursos económicos y humanos para el correcto ejercicio de su función técnica.

Concordamos con el parecer de Silva de que si se llegare a producir un ilícito dentro del hospital, que tenga relación directa con la función médica que allí se desarrolla (lesiones o muerte de pacientes), la responsabilidad por el hecho deberá perseguirse sólo en la persona que tiene el deber de vigilancia de dichas actividades, en este caso, el Director Médico.

2.5. Autoría y participación en comisión por omisión y las consecuencias de la delegación de funciones en la atribución de la responsabilidad penal

Expuestos los elementos y requisitos que fundamentan la institución de la delegación, se hace necesario determinar a qué título de autoría o participación responde el órgano superior que delega sus funciones en un subordinado, el cual acepta para sí las funciones que se le traspasan.

Creemos conveniente, para responder a la pregunta señalada, partir por establecer el principio básico que debe concurrir para que una comisión por omisión pueda ser imputada a título de autoría o, bien, a título de participación. En relación con ello, las cuestiones relativas al título de intervención en los supuestos de comisión por omisión sólo surgirán cuando se dé una pluralidad de conductas típicas que coordinadamente dan lugar a la realización típica, ya que si la omisión se manifiesta como el único comportamiento típicamente relevante en un hecho, no surgirán problemas de calificación de la misma como autoría o participación, se tratará, simplemente, de una conducta típica omisiva.

Sentado lo anterior, al igual que sucede para los delitos comisivos por acción, aquí la calificación dependerá de su importancia en la configuración del hecho.¹⁰⁷ Así, si lo que convierte en típicamente prohibida a la conducta del omi-

¹⁰⁷ Robles Planas, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 1ª Edición, Barcelona, 2007, pág. 71.

tente tiene una limitada capacidad de configuración del hecho, estaremos ante un supuesto de participación por omisión. Ello sucede, por ejemplo, cuando se omite asegurar o controlar determinados objetos peligrosos frente a terceros dispuestos a utilizarlos delictivamente.

Si, en cambio, la razón por la cual la conducta del omitente está típicamente prohibida configura relevantemente el hecho, se tratará de una aportación de autoría. Esto último es posible porque “la omisión, al igual que la acción, puede, pese a no ser una conducta ejecutiva, determinar en tal medida la producción del hecho, que la aportación activa posterior por parte de otro constituya sólo una especie de seguir omitiendo”.¹⁰⁸ Esto se da en muchos de los supuestos de delegación de funciones que se producen en el ámbito empresarial, en donde el delegante retiene competencias cuyo no ejercicio importará la responsabilidad a título de autor en comisión por omisión, pese a que sea el delegado quien activamente lleve a cabo los correspondientes actos ejecutivos.

Ahora bien, para determinar el título por el que debe responder el órgano superior que delega sus funciones, conviene recurrir a aquellos casos que pueden tener una mayor significación práctica, y que van a depender de cuáles son las responsabilidades que se generan ante las siguientes variables: delegación en persona capacitada o delegación en persona no capacitada y delegación con dotación de medios o sin dotación de medios.

Previo a analizar estos casos, creemos necesario establecer una regla en materia de atribución de responsabilidad, la cual nos ayudará a resolver los casos que comentaremos a continuación.¹⁰⁹ Así, en primer lugar, una persona será autora en comisión activa cuando realice el hecho de modo directo o mediato. Luego, será participe en comisión activa el sujeto que contribuye activamente al hecho del autor (salvo que realice conductas “standard” sin significación delictual).¹¹⁰ Será autor en comisión por omisión aquel en cuya esfera de competencia se halla la evitación directa del hecho (esto es, en principio, sólo en el superior jerárquico inmediato de quien ejecutó activamente el delito; o en caso de cosas peligrosas, quien ostenta el control inmediato sobre las mismas). Ejemplo: el encargado de control de calidad de los residuos de una empresa es autor en comisión por omisión del correspondiente delito contra el medio ambiente si permite (omitiendo efectuar los preceptivos controles) que los subordinados se desprendan ilegalmente (activamente) de los depósitos contaminados.

¹⁰⁸ Robles Planas, *Garantes y cómplices ...*, pág. 72.

¹⁰⁹ Tomaré como punto de partida los criterios señalados por Silva Sánchez, en “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas”, pág. 19.

¹¹⁰ Sobre las conductas “standard o neutrales” véase a Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamentos y límites*, 1ª Edición, Barcelona, 2003, págs. 24 y ss.

Finalmente, serán partícipes en comisión por omisión todos aquellos “otros” superiores (mediatos) en cuya esfera de competencia se halla la posibilidad de instar a la evitación del hecho delictual.

Ahora bien, entremos a analizar los supuestos señalados.

A. Delegación en persona capacitada.

a) Dotando de medios suficientes al delegado.

Si al delegado se le dota de los medios necesarios para realizar su encargo, éste asumirá la posición de garantía sustitutiva y, por ende, responderá como autor en comisión activa del hecho típico cometido por él, ya sea en forma inmediata o mediata.

Por su parte, el delegante al retener el deber de vigilancia sobre la actuación del delegado, podrá responder como partícipe en comisión por omisión del hecho cometido por el delegado, normalmente a título de imprudencia.

Ahora bien, si el delegante tiene conocimiento de que el delegado llevará a cabo una conducta típica y no hace nada para remediarlo, por ejemplo, no lo remueve del cargo, deberá responder como autor en comisión por omisión, a título de dolo, ya que en su esfera de competencia se hallaba la posibilidad de evitar directamente el hecho delictual.¹¹¹ En este caso, si el delito no puede reconducirse activamente hasta la alta dirección de la empresa, sus directivos o administradores sólo responderán como partícipes en comisión por omisión, generalmente a título de imprudencia.¹¹²

b) Sin dotar de los medios suficientes para el ejercicio de las funciones del delegado.

En este caso, el delegante puede responder dolosamente (dolo eventual), y en todo caso por imprudencia como autor en comisión por omisión, por cuanto sabe (o debió saber) que la delegación no era efectiva en la medida en que no se pueden evitar los riesgos previsibles al faltar dichos medios.¹¹³ Igualmente, si el ilícito no puede reconducirse activamente hasta la administración de la empresa, sus directivos sólo responderán como partícipes en comisión por omisión a título de imprudencia.

Respecto del delegado, éste responderá, según la tesis que se adopte, o bien, de manera concurrente con el delegante, al menos a título de imprudencia si

¹¹¹ En sentido parcialmente similar Gallego Soler, “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 114.

¹¹² Silva Sánchez, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas”, pág. 18.

¹¹³ Gallego Soler, “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 114.

no denuncia tal irregularidad, o bien podrá considerársele exonerado de toda responsabilidad, lo cual hará recaer la responsabilidad penal exclusivamente en el delegante.¹¹⁴

B. Delegación en persona no capacitada

Si la delegación recae en una persona no capacitada para llevar a cabo las funciones encomendadas, se generará una responsabilidad compartida entre el delegante y el delegado. Así el delegante responderá como autor en comisión por omisión, a título de imprudencia por la errada selección del delegado y como garante de la actuación que debería asumir el delegado.¹¹⁵

Por su parte, el delegado deberá responder como autor en comisión a título de dolo (eventual), porque sabía los peligros que acarreaba que una persona como él, sin los conocimientos suficientes, se tenga que encargar de las competencias y responsabilidades que libremente ha aceptado.

Hay que dejar en claro que, a la luz de las alternativas recién comentadas, en un buen número de casos, la naturaleza de la intervención del delegante será a título de imprudencia –infracción de deberes de cuidado en la supervisión, coordinación y selección–, lo que hará conducir frecuentemente (al tenor de lo dispuesto en los artículos 4 y 10, número 13 del Código Penal chileno) a la impunidad de éste.

Por otra parte, y de acuerdo con lo señalado por la doctrina mayoritaria en Chile, que no ve posible configurar en nuestra legislación una hipótesis de participación en comisión por omisión,¹¹⁶ el ámbito efectivo de atribución de responsabilidad penal en el órgano delegante será en la práctica muy reducido, ya que a éste sólo se le podrá sancionar cuando pueda atribuírsele responsabilidad en calidad de autor de un delito en comisión por omisión.

Esta circunstancia hace que en Chile, en la práctica, sea muy difícil perseguir criminalmente al órgano de dirección de la empresa, ya que la existencia de una estructura jerarquizada dentro de ésta y la imposibilidad que reconoce la doctrina en cuanto sancionar al órgano de dirección a título de participación en comisión por omisión, impedirá reconducir la responsabilidad penal a los órganos de dirección de la empresa.

¹¹⁴ Véase, supra, III, 2.3, c).

¹¹⁵ Gallego Soler, "Criterios de imputación de la autoría...", pág. 114.

¹¹⁶ Cury Urzúa, *Derecho penal...*, pág. 689, quien señala que "la coautoría y la participación en las omisiones son inimaginables. Si dos personas que se encuentran en posición de garantes respecto a un bien jurídico omiten intervenir para evitar su lesión, cometen delitos independientes, el que instiga a una omisión es autor mediato; el que impide actuar al garante es autor material de un delito de acción".

IV. Conclusiones

1. De lo dicho en esta exposición se puede concluir que a objeto de perseguir la responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa que ordenan a sus subordinados la realización de conductas ilícitas, el medio más idóneo, desde un punto de vista político-criminal, es el de la autoría mediata en su modalidad del "aparato organizado de poder", aun cuando reconocemos que las condiciones fácticas que posibilitan esta modalidad de autoría no concurrirán fácilmente en la empresa, con lo cual, su aplicación en la práctica será de escasa ocurrencia.

2. Por ello, y para el caso en que no pueda utilizarse esta modalidad de autoría mediata, deberá recurrirse a la estructura de la comisión por omisión u omisión impropia.

3. Ahora bien, en el caso de que se utilice la estructura de la comisión por omisión, la responsabilidad por la no evitación de los hechos punibles del subordinado recaerá principalmente en el superior jerárquico directo de éste, quien responderá a título de autor en comisión por omisión.

4. Los demás superiores jerárquicos, y entre ellos el órgano de dirección de la empresa, en cuanto mantengan funciones de vigilancia y control respecto de sus subordinados, responderán como partícipes en comisión por omisión.

5. En Chile, el ámbito efectivo de atribución de responsabilidad penal en el órgano superior, cuando se recurra a la teoría de la comisión por omisión, será en la práctica muy reducido, ya que a éstos sólo se les podrá sancionar cuando pueda atribuírseles responsabilidad penal en calidad de autores de un delito de omisión impropia, quedando impunes en todos los casos de participación.

6. Espero que lo señalado anteriormente haya permitido conocer las principales doctrinas que hoy se plantean en relación a la responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa. Estamos conscientes de que el tema es bastante más complejo de lo que aquí se ha planteado; sin embargo, espero haber contribuido a la discusión científica de esta materia.

V. Bibliografía

- AMBOS, Kai, *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, Aspectos del Derecho Alemán y comparado*, 1ª Edición, Santiago de Chile, 2007.
- AMBOS/GRAMMER, "Dominio del hecho por organización", disponible en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Kaeseman0504.pdf>.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia", en *Curso de Derecho Penal Económico* (Dir. Bacigalupo Zapater), 2ª Edición, Madrid, 2005.
- "El actuar en nombre de otro", en *Curso de Derecho Penal Económico* (Dir. Bacigalupo Zapater), 2ª Edición, Madrid, 2005.
- BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001.
- BATISTA GONZÁLEZ, María Paz, "La responsabilidad penal de los órganos de la empresa", en *Curso de Derecho Penal Económico* (Dir. Bacigalupo Zapater), 2ª Edición, Madrid, 2005.
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, 2000.
- BOTTKE, Wilfried, "Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica", en *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto* (Mir/Luzón), Barcelona, 1996.
- CARNEVALLI RODRÍGUEZ, Raúl, "El delito de omisión, en particular la comisión por omisión", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, número 9, 2002.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Deber de cuidado y delitos imprudentes*, Barcelona, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente*, 2ª Edición, Buenos Aires, 2005.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª Edición, Santiago de Chile, 2005.
- CURY/MATUS, "De las responsabilidades de los delitos, artículo 14 a 17", en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Libro Primero, Parte General (Politoff-Ortiz Quiroga), Santiago de Chile, 2002.
- DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "La actuación en nombre de otro", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 3ª Edición, Santiago de Chile, 1997.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, "El delito imprudente: La determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones", en *Revista de Derecho de Valdivia*, volumen 13, 2002.
- FRISCH, Wolfgang, "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa", en *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto* (Mir/Luzón), Barcelona, 1996.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio, "Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales", en *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Generalitat Valenciana, número 72.
- GARCÍA CAVERO, Percy, "La imputación objetiva en el Derecho Penal Económico: Consideraciones a partir de tres supuestos problemáticos", en *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Coordinador Reyna Alfaro), Perú, 2005.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Buenos Aires, 2006.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas", *Cuadernos de Política Criminal*, número 88, Madrid, 2006.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Zaragoza 1985.

- IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal, "Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante", en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, número 2, 2006.
- JACKOBS, Günther, *Derecho Penal*, Parte general, (Trad. Cuello Contreras/Serrano González), Madrid, 1997.
- JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª Edición, Navarra, 2006.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª Edición, Granada, 2002.
- LASCURÍN SÁNCHEZ, José Antonio, "Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann*, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico*, Parte General, Valencia, 1998.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II (Trad. Jorge Bofill), Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, 7ª Edición, Barcelona, 2005.
"Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.
- MEINI, Iván, "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados", *Revista Derecho*, número 52, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, 1ª Edición, Valencia, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", disponible en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artmun1.htm>.
"¿Dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones "no desvinculadas del derecho"?", *Revista Penal*, número 6, 2000.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Tomo II, 3ª Edición, Santiago de Chile, 2005.
Fundamentos de los delitos de omisión, 1ª Edición, Buenos Aires, 1984.
- POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, 1ª Edición, Santiago de Chile, 2004.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, "Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva" en *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Coordinador Reyna Alfaro), Perú, 2005.
- REQUENA JULIÁN, Jaime "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial", en *Curso de Derecho Penal Económico* (Dir. Bacigalupo Zapater), 2ª Edición, Madrid, 2005.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 1ª Edición, Barcelona, 2003.
"Participación en el delito e imprudencia", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, número 9, 2002.
Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales, 1ª Edición, Barcelona, 2007.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, 7ª Edición, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Barcelona, 2000.
"Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", *Delincuencia Organizada* (Ferré Olivé/Anarte Borralló), Universidad de Huelva, 1999.
"Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la*

teoría del delito, Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 1ª Edición, Barcelona, 2000.

"El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia*, número 7, Santiago de Chile, 2006.

SCHUMANN, Heribert, "Responsabilidad individual en la gestión de empresas", observación sobre la "Sentencia Erdal" del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), en *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto* (Mir/Luzón), Barcelona, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerarquizadas", en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal* (Dir. Bacigalupo Zapater), CGPJ, Madrid, 1997.

"Responsabilidad penal de las empresas", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal* (Schünemann/de Figueiredo), Barcelona, 1995.

El delito de omisión, 2ª Edición, Buenos Aires, 2003.

El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, 1997.

YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, "Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno", en *Revista de Ciencias Penales*, N° 1, Tomo XXXIV, 1975.