

ASPECTOS DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL MARCO DE LA GESTIÓN ORGANIZACIONAL FLEXIBLE (FOM)¹

RAÚL CERVINI²

*Fecha de entrada: 09/04/2012.
Fecha de publicación: 19/04/2012.*

Resumen: En el presente trabajo el autor analiza algunos criterios que delimitan la imputación de responsabilidad penal que puede producirse en las estructuras organizativas complejas –tanto privadas como públicas– centrandó el estudio de la cuestión en el principio de confianza y de delegación de competencias.

Diz-se que se constitui em verdadeiro referencial acadêmico aquele cuja obra e pensamento iluminam e ilustram ao longo do tempo, desde os primórdios de nossa vida profissional e docente. Por outra parte, os chineses já nos ensinam que a amizade se mede em termos de tempo, intensidade e oportunidade! Tais requisitos estão sobejamente preenchidos no caso do querido amigo Prof. Juarez Tavares. Um Mestre Emérito de sua geração, pois seu pensamento nos influenciou e influencia profundamente a todos, de modo inexorável. E também un amigo leal já que há tantos anos tem-se postado a nosso lado, acompanhando-nos , com a rara capacidade de saber ouvir .

I. Puntos de partida generales

1. Partimos para esta contribución del principio de personalidad de la responsabilidad, manifestación del Principio de Culpabilidad, paradigma político-criminal de Portada General inherente a las garantías del *Ius Puniendi* en un Estado Democrático de Derecho.³ Aquellos que el Maestro homenajeado Juarez TAVARES ha sabido calificar

1 El presente trabajo fue escrito como una Contribución al libro Homenaje al Prof Dr. Juarez Tavares.

2 Profesor Adscripto Grado 4 Derecho Penal de la UDELAR, Catedrático y Director del Departamento de Derecho Penal de UCUDAL, Secretario General para América Latina y 2do Vice-Presidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies NY).

3 Conf . MIR PUIG, Santiago Derecho Penal, 7ma edición , Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 111 y ss.

con fino criterio técnico y claro compromiso social como Principios Penales Democráticos.⁴

Consideramos que incluso en el ámbito de los actos delictivos cometidos en el marco de la gestión organizacional - a partir de una empresa privada o pública - se debe atender a la determinación de la responsabilidad penal individual.

2. Otro supuesto: estas reflexiones se elaboran en el marco de una gestión organizacional inicialmente orientada a la evitación de resultados lesivos. No se parte del análisis de aquella responsabilidad individual dada en el contexto de estructuras organizadas hacia el delito. Como expresa MONTANER FERNANDEZ “...se persigue dilucidar cuáles son las reglas de imputación que permiten fundamentar la responsabilidad individual de los que participan en esa gestión inicialmente idónea pero de la que finalmente se deriva una actuación delictiva”.⁵

En suma, casos de delincuencia en un marco de gestión organizacional *ex ante* idónea⁶ o *ex ante* perfilada al hacer lícito.⁷

3. También pensamos, siguiendo a la citada publicista española⁸ y a Stephane BACRIE⁹ que los partícipes de delitos cometidos en la gestión organizacional son en principio, sujetos autorresponsables de los hechos propios cumplidos en el ámbito de su efectiva competencia, lo que no significa que esa responsabilidad no sea gradual, en el contexto de nuevas realidades organizacionales que se apartan de la clásica linealidad propia de la clásica gestión centralizada y se establecen no solamente en términos de verticalidad jerárquica sino también de un relacionamiento de management horizontal.

4 TAVARES, Juarez, Os Princípios Penais Democráticos, en CERVINI, Raul y TAVARES, Juarez: *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, Editora RT, São Paulo, 2000, p.177 y ss.

5 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, Gestión Empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental, Atelier, Barcelona 2008, p.74- 75.

6 Ibidem, p. 75

7 Conf. RUBAÑOL CASARES, Olivier, “Criterio de imputación penal en el ámbito corporativo contemporáneo”, en *Revista Jurídico Empresarial, del CC de Méjico*, Vol. No.4, DF, 2011, p. 46.

8 Ibidem, p. 73.

9 BACRIE, Stephane, La société commerciale d'aujourd'hui et les critères de la responsabilité pénale, en *Law and Criminology Review*, Published by the School of Law, University of Texas at Austin, Vol 9, No. 15, Austin ,2003, p. 55 y ss.

4. En atención a lo expresado, debe subrayarse también en este planteo preliminar, que en la actualidad el ámbito de gestión organizacional -tanto privada como pública- se caracteriza por una clara tendencia a la descentralización funcional-operativa. Se priorizan ciertos niveles de autonomía y especialización asignados a departamentos, divisiones, sectores, etc. Por ello, al momento de asignar las responsabilidades en el ámbito de competencia propia de los participantes se impone tomar en cuenta la incidencia de nuevos mecanismos operativos, como lo son las relaciones basadas en el principio de confianza, el principio de delegación y los niveles de deber de control y vigilancia que, pese a la existencia de microorganismos derivados de la especialización funcional, efectivamente conservan determinados jerarcas delegantes.
5. En este trabajo –por limitaciones de espacio– y en el ámbito estrictamente dogmático, nos enfocaremos en los principios de confianza y delegación, haciendo referencias tangenciales a los deberes de control y vigilancia sobrevivientes en el mecanismo delegatorio. Nos avocaremos finalmente al análisis de los criterios de imputación en el marco de la competencia residual.

II. La gestión organizacional y sus alteraciones contemporáneas

1. Decadencia del paradigma clásico de la gestión organizacional centralizada

De modo simplificado puede decirse que el modelo de gestión esencialmente centralizada se da cuando amplios sectores de toma de decisiones se concentran en un único punto de la organización. Este tipo de gestión radial favorece la coordinación y rapidez de las decisiones en el ámbito organizacional. El aspecto negativo está en la creciente sobrecarga de información que se concentra sobre la cúpula de dirección, la que necesariamente debe canalizar toda la información pertinente en forma previa a la toma de decisiones. Este sistema de gestión se resiste a desaparecer en el ámbito de ciertas organizaciones públicas, donde suelen prevalecer distorsiones de la praxis política, apartadas de la eficacia en la gestión, a saber, la conservación del centro de poder político como factores de influencia y gravitación electoral, líneas de mando marcadas

e instrucciones unívocas en sentido descendente. Pero aun en este ámbito reticente, una realidad crecientemente compleja y cambiante, impone sólidos argumentos para apartarse –al menos gradualmente– del modelo centralizado clásico.¹⁰

El mundo contemporáneo exige pasar de estructuras con un único centro de decisión a nuevas configuraciones organizacionales que imponen la descentralización progresiva de las decisiones, el reconocimiento y prevalencia de la variable especialización, la necesidad de una racional división del trabajo, y consecuentemente una relativización en la subordinación jerárquica, tanto en el ámbito funcional como operativo.¹¹

2. La gestión empresarial descentralizada

Acertadamente enseña BACRIE que la globalización interactiva de los mercados, la disposición de información sustancial en tiempo real, la volatilidad inherente al ciberespacio financiero que trasciende a todo tipo de mercancías, servicios e incluso bienes de uso común, impone que las grandes organizaciones necesiten un modelo de gestión mucho más ágil y flexible. Hoy conocido como *flexible organizational management* FOM.¹²

Por su lado, GONZALEZ FIDALGO y VENTURA VICTORIA, agregan que desde una perspectiva material del hacer funcional, la descentralización de la gestión implica imperiosamente un reparto selectivo del poder de decisión entre los diversos miembros de la empresa, a través del cual, se transfiere el poder –o un segmento particularizado del mismo–, precisamente hacia el punto o sector de la organización donde se encuentran las personas más idóneas al caso, aquellas más dotadas de los conocimientos necesarios para la toma de decisión de que se trate.¹³

¹⁰DUFF, R.A, Do premises liability suits promote business crime prevention?, en Felson M, CLARKE, RV (ed), *Business and Crime Prevention*, Morton, New York, 1997, pp. 123- 140.

¹¹ Conf. CASTALDO, Andrea, Tecnicche di tutela e di intervento nel nuovo diritto penale bancario. Sulla imputazione, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell' Economia*, CEDAM, 1995)

¹² BACRIE, Stephane, La société commerciale d'aujourd'hui...,op cit ut supra, p. 62.

¹³ GONZALEZ FIDALGO, Eduardo y VENTURA VICTORIA, Juan, *Fundamentos de Administración de Empresas*, Madrid 2003., p. 180 y ss.

Por cierto que no deben asimilarse los conceptos de descentralización con el de delegación. Desde el punto de vista de la concentración del poder para la toma de decisiones, se puede afirmar que sólo en los sistemas descentralizados se realizan verdaderas delegaciones de competencia, en cambio en los sistemas definidos como centralizados únicamente se realizan delegaciones de ejecución de funciones, no de competencias, pues en tal caso no implica la transferencia de facultades de decisión sobre las materias objeto de delegación.¹⁴

En el campo de la literatura económica se distinguen varios tipos de descentralización, vertical, horizontal, selectiva y paralela, aplicables conforme al tipo de realidad organizacional que se analice.¹⁵

3. El ámbito organizacional en la actualidad

En primer lugar, y con carácter general, la responsabilidad del jerarca de una empresa pública o privada de estructura matricial flexible debe analizarse en el contexto de lo que se da en denominar una organización u “**ámbito organizacional**”. Esto es, una estructura en la que impera la división del trabajo de manera tanto vertical como horizontal. Esa organización, puede ser tanto una empresa como un Gobierno Regional que cumple múltiples funciones y cometidos que son supervisados por diversos jefes.

En otras palabras, dentro de esta organización existen roles diferenciados y la división del trabajo solo es posible bajo el supuesto de que cada miembro de la organización cumple con su rol conforme a derecho. La doctrina contemporánea ha desarrollado exhaustivamente el concepto de **dependencia técnica invertida**, en el entendido de que en múltiples aspectos de la actividad que son competencia de la organización o de un

14 Conf. MONTANER FERNANDEZ, Raquel, Gestión Empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental, Atelier, Barcelona 2008, ps 61-62.

15 TENA RODRIGUEZ, Vicente, La estructura organizativa de la empresa, Madrid, 1996, p. 119 y GONZALEZ FIDALGO, Eduardo y VENTURA VICTORIA, Juan, Fundamentos de Administración ..., op. cit., pag 180. Coinciden en clasificar como: *descentralización vertical*, aquella que implica un reparto del poder de decisión en sentido descendente a lo largo de la cadena de autoridad. Distribuye el poder desde el vértice de la empresa hacia los niveles directivos inferiores. *Descentralización horizontal*: cuando los directivos delegan el poder de decisión en otras personas que pertenecen a su mismo nivel jerárquico –como por ejemplo, el personal de staff–. La *descentralización selectiva*, cuando se delega el poder de decisión a personas concretas, en función de cuál sea la naturaleza de las decisiones que deben tomarse. Por último, la *descentralización paralela*, es aquella en la que el poder de decisión se delega <<“en bloque hacia un mismo punto de la organización”>>.

segmento de ella, están en los hechos, en manos de personal jerárquicamente inferior pero altamente especializado. Al punto de que el jerarca no puede llegar a controlar efectivamente muchas de las implicaciones operativas concretas, las que superan sus conocimientos de supervisión general.¹⁶

En forma creciente, los autores angloamericanos¹⁷ y europeos –a los cuales volveremos párrafos más adelante– emplean el término “*hecho penal profesional en el marco de la organización*” poniendo el acento en la conexión existente entre la especialización profesional y las nuevas modalidades de delincuencia en el ámbito empresarial. En la misma orientación se señala que actualmente la nota característica del delito organizacional estriba en la especial manera de comisión (modus operandi) en el ámbito especialmente sofisticado y flexible de ese comportamiento y que esta actual combinación de especialización criminal y descentralización organizacional, ha puesto al derecho penal ante problemas totalmente nuevos.¹⁸

En este contexto, resulta imposible analizar cualquier imputación a la cabeza de la organización sin recurrir a determinados instrumentos dogmáticos.

III. El Principio de Confianza

1. Concepto y alcance del Principio

Así, imputar es declarar que un resultado es la obra de alguien, o como dice BERNER, “*cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto*”.¹⁹ De este modo, la imputación en el ámbito del trabajo colectivo –público o privado– con management descentralizado debe necesariamente leerse a la luz del **principio de confianza**. En ámbitos en que los

¹⁶MARTINS CATHARINO, José, "Compendio Universitário de Direito do Trabalho", Vol. I, San Pablo, 1972, p. 245. Expresa que salvo en las pequeñas empresas en que la dirección técnica y supervisión material suele ser ejercida directamente por sus dueños, se ha ido produciendo un proceso inverso que él llama de "dependencia técnica invertida", en virtud del cual, “*desde el punto de vista técnico-funcional, los empleados especializados pueden llegar a detentar la última palabra en los aspectos operativos en que intervienen. Y ello ocurre en toda la gama del ámbito organizacional, público y privado...*”

¹⁷CLINARD, Marshall y QUINNEY, Richard, "Criminal Behavior Systems. A Typology", 2da. Edic., Holt, Rinehart y Winston, N. York, 1973, p. 56 y ss.

¹⁸THORWARD, Jürgen, "Crime and Science", New York, 1966, p. 77.

¹⁹ Cit., por VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna F., “La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs”, en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_35.pdf, p. 1.

hombres interactúan entre sí, se mueven basados en expectativas acerca del comportamiento de los demás, y esas expectativas deben ser razonables. En otras palabras, confían en el cumplimiento adecuado por parte de los demás de sus respectivos roles.

Esa es precisamente una de las bases sobre las cuales se asienta la tarea de la administración moderna.

En el mismo sentido dice VÉLEZ FERNÁNDEZ que *“la figura del principio de confianza esta estrechamente relacionada con la configuración de la sociedad como una sociedad con constantes contactos altamente anónimos y en la que impera el reparto de trabajo y funciones. El principio de confianza, pues, esta estrechamente relacionado con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad”*²⁰.

Refiere con agudeza JAKOBS que *“cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a los demás; de otro modo no sería posible la división del trabajo. Existe un principio de confianza”*²¹. La esencia de este principio es que *“estriba en que los demás son, a su vez, sujetos responsables. La idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujetos responsables”*²².

En ese contexto la cabeza de una organización no puede convertirse en un “vigilante de todos”. La responsabilidad de los jefes debe analizarse bajo el prisma de este principio: la regla es que su accionar se despliega bajo el supuesto de que sus subordinados cumplen lealmente el rol asignado.

En torno al problema de la asignación de responsabilidades al jefe por hechos delictivos dolosos de sus subordinados, la regla es que, en base al principio de confianza el jefe de la empresa privada o pública analizada no es un inquisidor profesional ni un

20 VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna F., *La imputación objetiva: fundamento y consecuencias...*, cit., ps. 5-6.

21 JAKOBS, G., *La imputación objetiva en derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 105.

22 *Ibidem.*, p. 105.

controlador exhaustivo –lo que materialmente sería imposible–. Para imputarle un hecho doloso de un subordinado, se debe probar que su intención era converger intencionalmente en el hecho. En otras palabras, se debe probar incuestionablemente un acuerdo criminal entre el jerarca máximo y el subordinado que cometió el delito doloso.

2. Límites al Principio de Confianza

Incluso en aquellos ámbitos en los que su aplicación está más consolidada, el principio de confianza no es ilimitado. Al respecto, el publicista BACRIE tiene una posición claramente restrictiva: principio de confianza solamente debe ser dejado de lado en tanto que de una situación concreta se deriven especiales circunstancias reales que nos conduzcan inequívocamente a un infractor específico.²³

- 2.1. El supuesto de hecho del cual emerge el primer límite al principio de confianza, se relaciona con la idea de que el principio de confianza “concreta los deberes de cuidado pero no dispensa de ellos”. De ello se infiere que, aún existiendo una base de confianza que permita afirmar que el otro se comportará conforme a cuidado, ello no exonera del cumplimiento de los deberes propios. En otras palabras: aquél que se comporta infringiendo su propio deber de cuidado no puede ampararse en el principio de confianza y, por tanto, no puede confiar en el comportamiento adecuado de los demás.

El infractor de su propio deber no puede confiar en la conducta conforme a Derecho de los demás. Al respecto, son posibles varias interpretaciones no excluyentes entre sí. Por una parte, que la persona que infringe su deber de cuidado no puede jurídicamente aspirar a que terceros arreglen la situación que él ha creado.²⁴ A modo de corolario correspondería conjeturar que la infracción de uno es un indicador en contra de la confianza frente al comportamiento adecuado de los demás.

- 2.2. Otra cuestión es el tratamiento de los casos en los que el comportamiento contrario a deber contribuye, junto con el comportamiento también contrario a deber de un tercero, a la causación de un resultado. Según la doctrina, la respuesta a este caso no debe buscarse

²³ BACRIE, Stephane, *La société commerciale d'aujourd'hui...*, op cit ut supra, p. 69.

²⁴ Así, FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho Penal*, Méjico, DF, 2002, p. 30, e *Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*, *La Ley*, 2007, No. 40, (www.laley.es)

en el ámbito del principio de confianza sino en factores referentes al contexto del riesgo y a la ampliación del riesgo.²⁵ Se debe tener en cuenta que no todo comportamiento causal del resultado constituye una base suficiente para la imputación de responsabilidad penal por cualquier consecuencia vinculada causalmente con la referida infracción.²⁶

- 2.3. Un comportamiento conforme a Derecho tampoco es un elemento suficiente para confiar en la conducta adecuada de los demás cuando existen indicios objetivamente reconocibles que apuntan hacia lo contrario.²⁷
- 2.4. Por último, la doctrina considera que la aplicación del principio de confianza es incompatible con la ostentación de determinados roles sociales. En este sentido, se entiende que quien tiene concretamente que supervisar o controlar la actividad de otro no puede acotar su deber originario de supervisión y control a la confianza de un comportamiento correcto por parte de su supervisado. Así pues, se señala que en estos supuestos, el principio de confianza experimenta un retroceso.²⁸ Los deberes expresos de supervisión y control adquieren, pues, la cualidad de deberes derogatorios del principio de confianza.²⁹

IV. El Principio de Delegación

1. El otro instituto relevante a la hora de analizar la responsabilidad del jerarca por actos de sus subordinados es el **concepto de “delegación”**.

En efecto, en toda organización jerarquizada contemporánea existe una creciente delegación de tareas, lo que supone la existencia de un delegante y un delegado. En ese contexto, la esencia del principio de confianza consiste en la imposibilidad de que todos controlen a todos. Sin embargo, esa regla general no significa para el delegante un deslinde de responsabilidad a la hora de delegar tareas. Si la tarea se delega en una

25 BURGSTALLER, Manfred, *Das Fabrlässigkeitdelikt im Strafrecht*, Viena, 1974, p. 61.

26 Conf. CHOCLAN MOTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998, p. 28.

27 *Ibidem*, p. 31

28 ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4, Aufl, Munich, 2006, p 24/25.

29 *Ibidem* p.26.

persona que se sabe no fiable o se delega una tarea que excede el ámbito de la competencia asignada al rol del delegado, en ese sentido la delegación implica una descarga de obligaciones pero también una retención de deberes.

Cuanto mayor es la dimensión de la empresa, el número de miembros que intervienen en ella y los ámbitos sobre los que se despliega su actividad, mayor es el número de tareas de repartir. En este contexto, la sobrecarga de competencias y de responsabilidades atribuidas a unos pocos o el simple propósito de lograr un funcionamiento medianamente eficaz de la empresa suele traducirse en la necesidad de que los jefes confíen la realización de determinadas tareas a otras personas. Precisamente, el proceso en el que un sujeto confía o encarga la realización de cierta actividad a otra persona subordinada es lo que conocemos como delegación de funciones.

Desde un enfoque económico, la delegación se define como aquel mecanismo necesario para la consecución de un funcionamiento eficaz de la empresa.³⁰ En esta línea, para algunos autores, la delegación a personas calificadas es a la vez, una necesidad organizativa y un imperativo de toda empresa moderna competitiva.³¹

Desde el ámbito jurídico CUADRADO RUIZ, ha expresado que la delegación puede entenderse como una exigencia de la posición de garante cuando el cuidado de la fuente de peligros requiere una especial capacitación técnica que el titular de la empresa no posee.³²

Como es obvio, y ya se ha adelantado, la delegación no es una técnica exclusiva del ámbito empresarial, sino que es un mecanismo recurrente en cualquier medio organizacional en el que intervenga una pluralidad de personas y en el que sea necesaria una división del trabajo.

2. Objeto de la Delegación

30 TAYLOR, Harold, L., *Cómo delegar con eficacia*, Barcelona, Deusto, 1986, PP. 14 Y SS.

31 BACRIE, Stephane, *La société commerciale d'aujourd'hui...*, op cit ut supra, p. 70.

32 CUADRADO RUIZ, *Responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del art. 363 del Código Penal*, Barcelona, 1998, p. 87.

La delegación de funciones trasunta eficacia penal cuando se realiza sobre funciones en sí mismas delegables. Resulta fundamental determinar previamente qué es susceptible de ser delegado y qué cometidos son inherentemente indelegables. Según FRISCH y gran parte de la mejor doctrina, no solo son delegables los trabajos mecánicos, sino también las funciones de control o vigilancia de una fuente de peligro o de la protección de un bien jurídico.³³ En consecuencia, el objeto de la delegación podría ser una posición de garante.

Tomando en cuenta que la auténtica delegación de funciones es, la delegación de competencias, el mecanismo considerado viabiliza el traspaso de la posición de garantía del delegante al delegado. Dicho de otro modo: con la delegación de funciones se traspasa el ámbito de competencia que sirve de fundamento a un deber genérico de garante y del que, por tanto, puede derivarse una posición de garantía concreta.

Es más, BACIGALUPO ZAPATER acompañado por buena parte de la doctrina sostiene que la delegación “puede ser inclusive una exigencia de la posición de garante cuando el cuidado de la fuente de peligros requiere de una especial capacitación técnica que el titular de la empresa no posee”.³⁴

Pero además de contribuir a la atribución y distribución de competencias, la delegación se constituye como uno de los posibles modos de cumplir con los deberes inherentes al la posición de garante.³⁵ Ahora bien, que se delegue el deber de garantía no supone que el delegante pierda absolutamente su condición como garante, sino simplemente que su posición de garantía sufre un posición claramente subsidiaria.

33 FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa”, en *“Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto”*, coordinadores S. MIR PUIG y D.M. LUZÓN PENA, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1996, p. 121.; NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, Colección Monografías No. 182; Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 198.

34 BACIGALUPO ZAPATER, en CDJ, *La responsabilidad penal de las sociedades, actuaciones en nombre de otro, responsabilidad de los consejos de administración*, Tomo VII, Madrid, 1994, p. 76. En el mismo sentido, SALONNE, Marco, *Responsabilidad penal en el ámbito corporativo*, Informe CCI- ICEPS, M/ 859/ C- 09, N York, 2008, p. 34; CHOCLAN MOTALVO, Cho, José Antonio, *Responsabilidad de Auditores de Cuentas y Asesores Fiscales: tratamiento penal de la información societaria inveraz*, Barcelona, Bosch, 2003, p. 43 y ss.

35 Conf. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *La responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 200 p. 50.

Es innegable que el delegante mantiene un reducto indelegable de deberes.³⁶ Se entiende que el sujeto que asume la delegación se convierte en el garante principal sobre el ámbito de competencia delegado.

Si bien es cierto que el delegado se convierte en garante a través de la delegación, el delegante no queda exonerado por ello de toda clase de responsabilidad. Al delegante le quedaría una posición de garantía eventual “subsidiaria” o “secundaria”. Sobre el tema MONTANER FERNANDEZ sostiene que resulta mucho más adecuado referirnos a una posición de garantía “secundaria”, puesto que la subsidiariedad implica que ante la imposibilidad de hacer responder al sujeto principal responda en su lugar otro sujeto. A su juicio, no se trata en el caso de una relación de subsidiariedad, sino que debe individualizarse la contribución de cada interviniente.³⁷

Ello justifica su obligación de efectuar una diligente o cuidadosa selección y control del garante (delegado) por el puesto a cargo de la salvaguarda de un determinado cometido. O sea, en cierto modo, con la delegación de funciones se amplía el potencial espectro de obligados por una posición de garantía.

También acá corresponde reiterar, pues hace a la consideración del objeto, que en la actividad empresarial no todo es delegable. Ciertas funciones, como por ejemplo, la determinación de la política o estrategia general de la empresa, el diseño salarial y la designación de auditores (internos y externos) son tareas exclusivas de la alta dirección (el órgano matriz de administración) de la empresa y, por consiguiente, son indelegables.³⁸

3. Límites a la descarga de deberes del delegante

La obligación del delegante se limita a controlar que las personas que se harán cargo de determinadas funciones son personas fiables.

36 FRISCH, Wolfgang, Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección, op cit ut supra, p. 76.

37 MONTANER FERNANDEZ, Raquel. Gestión Empresarial y atribución de responsabilidad penal..., op cit. Ut supra, Nota No. 253, p. 94

38 BACRIE, Stephane, La société commerciale d'aujourd'hui..., op cit ut supra, p. 78.

En otras palabras, en caso de que se transfieran responsabilidades a quien carece de idoneidad, la imputación penal alcanzará al órgano o persona que realizó la delegación³⁹. Con agudeza indica PEÑARANDA RAMOS que “*con la delegación no se extingue en todo caso el núcleo esencial del deber de garante primario, consistente en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible y exigible que del círculo de la organización de la empresa se deriven daños para terceros*”⁴⁰.

4. Efectos de la Delegación

El efecto principal de la delegación de funciones es la sustancial alteración de las esferas de competencia del delegante y delegado. Tratándose de una relación bilateral, su eficacia también se manifiesta en doble sentido. Respecto al delegado conlleva la constitución de una nueva posición de garantía genérica en su favor, tema ya mencionado lateralmente. En este sentido, SILVA SANCHEZ señala, que “*el efecto principal de la delegación es la generación en el delegado de una posición de garantía de la que emana un deber de garantía*”.⁴¹ El delegante, por su parte, se ve “descargado” de los deberes que se vinculaban a su competencia y eran su carga hasta el momento, pero realmente no queda totalmente liberado, pues aún le obligan unos deberes residuales.⁴² En otras palabras, volviendo a SILVA SANCHEZ, el delegante se libra de responder como lo hubiera hecho

39 FRISCH, Wolfgang, Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa..., op. cit ut supra. p. 111 y ss.

40 PEÑARANDA RAMOS, Enrique, Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones), en *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, Colex, 2006, pp. 411-430, esp. p. 421.

41 Así, SILVA SANCHEZ, Jesús María, Medicinas alternativas e imprudencia médica, Barcelona, Bosch, 1999, pp 31-34 entiende que la delegación crea una posición de garantía del delegado, “al producirse una ampliación de su esfera de competencia en virtud de la asunción de funciones de control de riesgos”, pp. 31-34; idem LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio, Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, Madrid, Civitas, 2002, p. 116.

42 IÑIGO CORROSA, María Elena, La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. Barcelona, Bosch, 2001, p. 270. Esta posición también ha recibido acogida en los tribunales españoles. La citada MONTANER FERNANDEZ en Gestión empresarial, op. cit. Ut supra, en Nota al Pie No.264, p. 96, refiere a SAP Guipuzcoa, Sección 1ª de 3 de junio de 2005 (ponente Moreno Galindo) donde se establece que “el acto de delegación construye una posición de garantía – la del delegado – sin cancelar la posición de garantía que ostentaba el delegante. Ello dará vida a supuestos de responsabilidad cumulativa del delegante y del delegado; el delegante en base a las competencias retenidas y el delegado con fundamento en las competencias conferidas. De esta manera, el delegante no se exonera de su deber de garantía (...) sino que el mismo se mantiene sufriendo una transformación cualitativa” (FD Num. 4) y en la misma tesitura menciona AAP Madrid, Sección 7ª, de 30 de enero de 2007 (ponente del Molino Romera), FD único.

de no haber producido la delegación, pero no se libera de cualquier responsabilidad.⁴³ Se transforman, pues, tanto los deberes que este sujeto ostentaba originariamente, como el alcance de su responsabilidad.

V. Breves reflexiones finales sobre la competencia residual y criterios de imputación sobre el delegante por actos del delegado

1. Ámbito de la imputación subjetiva

- 1.1 Habrá que analizar en primer término si se dan en el caso criterios de imputación del tipo objetivo en el ámbito de una organización que permitan sostener que el jerarca delegante contribuyó por acción al curso causal delictivo del delito cometido por sus subordinados.

El segundo problema a abordar consiste en analizar si se dan en el caso los elementos propios de atribución del tipo subjetivo en el marco de una organización. Por ejemplo, es universalmente reconocido que el delito de fraude –al menos en nuestra configuración normativa– es un delito que se persigue a título de dolo directo.

Autorizada doctrina sostiene que no basta con probar la “*condición de representante legal o administrador y que la empresa o sociedad ha llevado a cabo una actividad delictiva. Será necesario acreditar que el imputado ha intervenido causalmente –mediante acciones u omisiones– y de manera culpable en esa actividad*”⁴⁴. Y con más claridad sostiene el autor citado que es necesario probar que “*el directivo o administrador o representante legal ha tenido una intervención relevante dolosa...en la actividad criminal concreta*”⁴⁵. Y esta argumentación, que se desarrolla para la empresa (pública o privada) como manifestación organizacional, es naturalmente trasladable al análisis de un órgano de gobierno, puesto que ambos comparten la naturaleza de organizaciones en las que impera la división jerárquica del trabajo y les son aplicables similares criterios de imputación. Es

43 SILVA SANCHEZ, Jesús María, ¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales, en *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*. Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial VIII, CGPJ, Madrid 2006, pp. 168-169.

44 DEL MORAL GARCÍA, A. “Breve reflexión sobre la responsabilidad penal de los administradores”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 5, 3ª época, 1997, P. 15 y ss.

45 *Ibidem*.

más, en la realidad política mundial, muchos gobiernos departamentales, provinciales o regionales, son en los hechos sensiblemente más grandes, en cometidos y personal empleado, etc., que la mayoría de las empresas públicas o privadas de determinados países.

En consecuencia, en el ámbito de una organización no es posible construir imputaciones subjetivas fundadas en la mera posición corporativa-institucional de la persona. Por más dificultades que presente la prueba del dolo en materia de derecho penal institucional no es posible apartarse de las reglas generales de acreditación de la tipicidad subjetiva. En otras palabras, y tratándose de dolo directo, el autor *“debe en cualquier caso saber que con su acción voluntaria está creando un riesgo que el Ordenamiento Jurídico –conforme a sus criterios de juicio– desaprueba”*⁴⁶.

Enseña Ramón RAGUÉS I. VALLÉS en su notable Tesis Doctoral que el dolo requiere conocimiento y ese conocimiento en la imputación dolosa se construye sobre tres elementos básicos: a) los conocimientos mínimos, b) la transmisión de conocimientos y c) las exteriorizaciones.

- 1.2. Este análisis es particularmente importante al momento de analizar la imputación subjetiva en aquellas personas que están al frente de una organización debido a la complejidad de la empresa moderna⁴⁷. En consecuencia para que exista dolo, un sujeto debe conocer y, para autores como FIANDACA/ MUSCO, también querer, la realización de una conducta típica⁴⁸.

El primer elemento para probar ese “conocimiento” parte de una presunción: “La alegación que pasa por afirmar que, pese a ser el sujeto imputable en el momento de realización del hecho, y pese a haber contado con una socialización normal, pudo actuar

⁴⁶ FRISCH, Wolfgang, Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coordinadores S. MIR PUIG y D.M. LUZÓN PENA, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1996, p. 111 y ss.

⁴⁷ RAGUÉS i VALLÉS, Ramón, La Atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, ps. 470 y ss. También en www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7299/TRRV2de9.pdf.

⁴⁸ FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto Penale: parte generale*. 4a.ed. Bologna, Zanichelli, 2001, p. 320.

sin ciertos conocimientos necesarios para la imputación dolosa, es una posibilidad que no puede tener cabida alguna cuando en el análisis de la cuestión del dolo se toma conciencia de la realidad social que supone la imputación de *conocimientos mínimos*: un sujeto normal no puede desconocer determinadas realidades; tal desconocimiento sólo se admite si se demuestra que el sujeto padece algún tipo de enfermedad mental o gravísimos trastornos en la percepción⁴⁹.

En este sentido, parece indiscutible que forma parte de los *conocimientos mínimos* de una persona adulta y no plenamente inimputable saber que dejando sin comer a un bebé durante más de tres semanas se crea para éste un riesgo de muerte. Su comportamiento deberá ser, en principio, valorado como doloso.

Aquí los criterios de imputación del tipo objetivo se entrelazan y cobran sentido con los criterios de imputación del tipo subjetivo. Resulta imposible sostener esa presunción en función del ya aludido principio de confianza.

El segundo elemento: No basta con probar la existencia de esos conocimientos mínimos en una persona imputable. Es necesario también valorar si existió transmisión previa de conocimientos de hechos delictivos en curso o de hechos que permitieran sospechar un curso causal delictivo.

Esta segunda vía se estructura sobre la siguiente base: si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico al autor de éste le han sido transmitidos determinados conocimientos, sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento. No obstante, esta vía de atribución del conocimiento debe tener en cuenta la importancia relativa de los conocimientos transmitidos y el tiempo transcurrido desde la incorporación de esos mismos conocimientos.⁵⁰

49 RAGUÉS i VALLÉS, Ramón, La Atribución del conocimiento..., op cit ut supra, p. 470.

50 BOTTKE, Wilfried, Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung. en Bernd Schünemann; Gerd Pfeiffer (Hrsg.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden: Nomos, 1988, p. 195

Por ello dice RAGUÉS i VALLÉS que “*El segundo criterio que puede aportarse dice así: una transmisión previa de conocimientos es apta para la imputación de tales conocimientos en el momento posterior de realización del comportamiento típico cuando la proximidad temporal entre el momento de la transmisión y el momento de la realización típica excluya, desde un punto de vista social, la posibilidad de olvido*”⁵¹.

La tercera base de atribución del conocimiento en el dolo es la exteriorización. Esta concurre en aquellos supuestos en que un sujeto exterioriza –de palabra o por actos concluyentes– que cuenta con el conocimiento de determinados hechos o circunstancias.

La prueba de este conocimiento no ofrece dificultad en aquellos supuestos en el que el sujeto de la imputación, con sus propias palabras o por escrito, ha llegado a reconocer que cuenta con determinados conocimientos. Más complejo es establecer qué formas de comportamiento, más allá de las declaraciones explícitas, pueden ser consideradas igualmente *exteriorizaciones*.

Pero la doctrina entiende también que existen *exteriorizaciones por actos concluyentes*. Estas se dan en aquellos supuestos en que, sin que exista una declaración explícita del sujeto acerca de que conoce o conoció al momento de los hechos, conforme al modo en que tal sujeto se ha conducido, en ese momento, es posible concluir por deducción que cuenta o contaba al momento de los hechos, con significativos conocimientos, y se debe interpretar su conducta como una clara *exteriorización por actos concluyentes*.

Un sector de la doctrina recalca la relevancia de las características personales del sujeto analizado y principalmente su rol estatutario en la organización empresaria. Entienden que las diferentes características personales y rol formal que reúne cada uno de los hipotéticos destinatarios de la imputación son, una importante base objetiva para que a éstos se les puedan atribuir determinados conocimientos con las responsabilidades consecuentes.⁵² Este es un punto sin duda muy controversial.

51 RAGUÉS i VALLÉS, Ramón, La Atribución del conocimiento..., op cit ut Supra, p. 483.

52 MUÑOZ MORENO, Miguel Ovidio, La responsabilidad penal formal en el ámbito empresarial, Revista Dogma y Realidad No 4, Monterrey, 2010, p. 58.

Con singular contundencia RAGUÉS i VALLÉS controvierte la mera atribución de conocimientos por el mero desempeño de un rol: *“Todas estas afirmaciones deben servir para poner en tela de juicio posibles afirmaciones que, sobre todo en el ámbito de la empresa, partieran del principio de que toda persona que se encuentra en lo más alto de una pirámide organizativa conoce, precisamente por ocupar tal posición, todo aquello que tiene que ver con el funcionamiento de la estructura que dirige. Estos planteamientos pasan por alto la actual realidad del mundo empresarial, en donde el empresario ya no es una persona que controle personalmente cada pequeño acto que involucre a su compañía, sino que a menudo delega en sus subordinados un elevado número de tareas, variando la entidad y número de tales delegaciones, como es lógico, en función del tamaño de la empresa”*⁵³. Y continúa: *“Lo expuesto en este apartado obedece a la idea ya expresada de que la posición social de un sujeto como fuente de imputación de conocimientos no es algo que pueda construirse de manera formal, sino que exige atender siempre al contexto en que se desarrolla la puesta en práctica de tal posición.*⁵⁴.

2. **Ámbito del delito imprudente**

Lo dicho hasta el momento toca a la imputación subjetiva. El problema medular y que trasciende largamente a la profundidad de esta contribución, es determinar si la competencia residual del delegante lo coloca en posición de garante de la falla del delegado y por lo tanto le puede ser atribuido el resultado bajo la modalidad de comisión por omisión, instituto que hemos cuestionado por su confrontación con el principio de legalidad.

En el ámbito del delito imprudente este problema puede abordarse sosteniendo que la mala selección del delegado es en realidad una violación al deber objetivo de cuidado y con ello se elude el recurso al cuestionable instituto de la omisión impropia⁵⁵.

Mucho más problemático resulta eludir la aplicación del instituto de la omisión impropia en el ámbito de los delitos dolosos. Ello porque además de todo el

⁵³ RAGUÉS i VALLÉS, Ramón, La Atribución del conocimiento, op. cit. Ut supra, . 523-524.

⁵⁴ Ibídem, p. 525.

⁵⁵ Ver ADRIASOLA, Gabriel, La imputación de la negligencia, la omisión de asistencia y el abandono del paciente en la empresa médica, Carlos Álvarez Editor, Montevideo. 2011.

cuestionamiento dogmático, la construcción de equivalencias entre acción y omisión resulta mucho más dificultosa en los delitos financieros que en los delitos contra la vida o integridad física. El gran desafío pasa entonces por construir un abordaje capaz de permitir la imputación de la falla del delegado en la órbita de la competencia residual del delegante sin recurrir a categorías abiertas.

Las limitaciones que FIANDACA impone a este instituto, reclusándolo a los delitos de resultado contra la vida y la integridad física⁵⁶ nos da la pauta que tiene que existir una vía alternativa a la omisión impropia para solucionar el problema de la responsabilidad dolosa del delegante.

Como vemos, todas las posibles hipótesis de imputación que podrían eventualmente considerarse en torno al punto de crítico de la competencia residual, se deben y pueden resolver, recurriendo a los principios dogmáticos democráticos, sin causar gravamen irreparable a los derechos de las personas involucradas en estas nuevas modalidades de organización. Sin duda estas conclusiones pueden llevar al debate científico. De ser así, debemos darlo, pues esas garantías justifican nuestro mayor empeño.

⁵⁶ FIANDACA, Giovanni, *Il Reato Comissivo mediante Omissione*, Giufre Editore, Milan, 1979, p. 5 y ss.