

LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL A LOS MIEMBROS DE LA EMPRESA POR DELITOS DE DOMINIO COMETIDOS DESDE LA EMPRESA¹

PERCY GARCÍA CAVERO

Resumen: Partiendo de la distinción entre delitos cometidos dentro de la empresa y los delitos cometidos desde la empresa, el autor analiza en este texto las consecuencias materiales y procesales que se derivan de ubicar un caso concreto en este último ámbito de la criminalidad empresarial.

I. Introducción

La imputación penal en el ámbito de las empresas constituye un tema fundamental del Derecho penal económico debido al desplazamiento que la empresa ha hecho del comerciante individual en su papel hegemónico dentro del mercado. Como punto de partida para llevar a cabo la exposición del tema de la imputación penal en el ámbito de la empresa consideramos conveniente seguir la clasificación, asumida por la doctrina penal de forma casi mayoritaria, que distingue entre los delitos cometidos dentro de la empresa (*Betriebskriminalität*) y los delitos cometidos desde la empresa (*Unternehmenskriminalität*). Mientras los primeros se refieren a los delitos cometidos en el seno de la empresa por un órgano de la empresa contra otros órganos o la empresa misma, los segundos abarcan los delitos que la empresa realiza como sujeto participante en el sistema en el económico. Esta distinción influye en la perspectiva de análisis jurídico-penal.

En el caso de los delitos cometidos dentro de la empresa, la empresa es entendida como una organización dentro de la cual pueden producirse conductas disfuncionales que vulneren la vigencia de las normas jurídico-penales. El perjudicado por estas conductas es el propio sistema empresarial o miembros individuales que operan en la estructura de la empresa –por ejemplo: socios minoritarios, trabajadores, etc. Los miembros de la empresa no son hechos responsables por aspectos de la esfera de organización de la empresa misma, sino por

¹ Conferencia pronunciada en Universidad Andrés Bello. Viña del Mar (Chile), del 16 al 18 de noviembre de 2006.

aspectos referidos a su propia esfera de organización y, concretamente, a sus competencias al interior de la empresa. En tanto los miembros de la empresa tienen una esfera de organización propia, tendrán que observar en su desarrollo personal tanto el mandato general de no afectar a terceras personas como las competencias institucionales que les correspondan por su función dentro de la empresa.

En los delitos cometidos desde la empresa, la persona jurídica se presenta como una unidad y, por tanto, los mecanismos de imputación penal deberían tener en cuenta esta circunstancia. Las personas individuales, cuyas acciones pertenecen a la estructura de la empresa, no forman parte del sistema empresarial, sino de su entorno. Por esta razón, el Derecho penal no podrá reafirmar adecuadamente la vigencia de la expectativa normativa defraudada en estos casos si se dirige únicamente a los miembros de la empresa y no a la empresa misma, quien es la que actúa en el sistema económico y de quien ha surgido, con independencia de su formación interna, la conducta disfuncional. Sin embargo, nuestros ordenamientos penales no consideran al delito cometido desde la empresa un hecho penalmente imputable a la empresa misma, sino una acción común de sus miembros y se esfuerzan, por ello, en fundamentar la imputación de responsabilidad penal a estos últimos.

La diferenciación de los delitos cometidos en el seno de la empresa que acabamos de esbozar no tiene simplemente una finalidad expositiva, pues de la ubicación de un caso concreto en uno u otro grupo de delitos se derivan consecuencias materiales y procesales decisivas para la imputación de responsabilidad penal, como, por ejemplo, constituir a la persona jurídica como parte civil o tercero civilmente responsable, o decidir la imposición de una consecuencia accesoria. En la presente exposición no se puede abordar por razones de tiempo ambos ámbitos de la criminalidad de empresa, por lo que vamos a centrarnos en los delitos cometidos desde la empresa.

II. Los delitos cometidos desde la empresa

La determinación de los sujetos penalmente responsables por los delitos cometidos desde la empresa abarca dos ámbitos distintos: la determinación de la responsabilidad penal de la

empresa misma y la responsabilidad penal de sus miembros. En el primer ámbito no vamos a entrar, pese a su actualidad no sólo en el plano de *lege ferenda* (pena a las personas jurídicas), sino ya de *lege lata* (consecuencias accesorias, sanciones administrativas impuestas en sede penal, etc). Nuestra exposición se va a limitar a desarrollar los criterios de imputación penal a los llamados miembros de la empresa por los delitos cometidos desde la empresa.

Aun cuando la empresa sea vista en los delitos cometidos desde la empresa como una unidad de imputación, las personas naturales, cuyas prestaciones forman parte de la organización de una empresa, no pierden su propia identidad, esto es, no se constituyen en simples partes de la corporación. En consecuencia, pueden también responder penalmente por la realización de un delito cometido desde la empresa. Los estudios de Derecho penal de la empresa se ocupan precisamente de desarrollar los mecanismos dogmáticos de imputación de la responsabilidad penal a los miembros de la empresa.

1. Criterios de imputación tradicionales

Las construcciones dogmáticas tradicionales para fundamentar la responsabilidad penal de los miembros de la empresa parten de la cuestionable idea de una acción individual realizada por un sujeto individual, lo cual trae consigo una considerable limitación de las posibilidades de imputación de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa. La imputación penal partiría así ubicando a la persona individual que ha producido directamente el resultado lesivo penalmente relevante, para luego ir subiendo la imputación penal hasta alcanzar a los otros miembros. Este esquema de determinación de la responsabilidad penal que funciona, sin mayores complicaciones, en la producción individual de un homicidio, apenas resulta útil en el caso de delitos cometidos en el seno de la empresa. Si acaso, resultaría suficiente solamente en el caso de una empresa individual, cuyas estructuras no se han diferenciado y el manejo completo de la actividad económica se mantiene plenamente en las manos de una persona o una cúpula dirigenal.

No obstante, si la empresa ha diferenciado la propiedad de la gestión, la decisión de la ejecución, los canales de flujo de la información y las labores de coordinación, no resulta difícil concluir que el esquema tradicional de imputación penal llevaría a la llamada “organizada irresponsabilidad” en el ámbito de la empresa. El sistema penal, sin embargo, se mantiene en la lógica tradicional de imputación de la responsabilidad penal, por lo que ha ensayado tanto en el plano legislativo como jurisprudencial mecanismos de imputación para evitar los intolerables vacíos de impunidad generados por la organizada irresponsabilidad de los criterios de imputación tradicionales. En concreto, se ha recurrido a técnicas de tipificación como los delitos de peligro concreto y las diversas formas de culpa, así como la flexibilización de diversos criterios de imputación como la responsabilidad por omisión y las diversas formas de autoría y participación. Veamos detenidamente cómo se ha hecho esto.

A) Los delitos de peligro abstracto

En primer lugar, resulta usual configurar los tipos penales del Derecho penal de la empresa como *delitos de peligro abstracto*, de manera que pueda castigarse el solo aporte preparatorio realizado por un miembro de la empresa que, por sí mismo, no afecta aún el bien jurídico protegido. Un ejemplo claro de esta forma de proceder son los delitos contables que castigan el incumplimiento de ciertas disposiciones mercantiles o administrativas que imponen una determinada manera de llevar la contabilidad. Se trata claramente de un acto de desobediencia que, por sí mismo, no podría fundamentar una responsabilidad penal. Para poder fundamentar esta responsabilidad penal se vincula este acto de desobediencia con un bien jurídico, de lo que se encarga la doctrina penal al considerar este acto como dirigido, por lo general, a afectar patrimonialmente en el futuro a la persona jurídica o a posibles acreedores de la misma. Esta fundamentación dogmática se muestra, sin embargo, altamente cuestionable desde la perspectiva de la lesión de un bien jurídico individual (patrimonio), pues no se está castigando una conducta que cuando menos ponga en peligro el patrimonio. Tampoco sirve de mucho la formulación de la lesividad en relación con los llamados bienes jurídicos intermedios o abstractos, en tanto se mantiene en la misma línea de interpretación, llevando a cabo solamente un cambio nominal. Si bien la incriminación de conductas de peligro abstracto permite formalmente una sanción a un sujeto individual, su justificación

material resulta apenas conciliable con la exigencia de incriminar solamente aquellas conductas que lesionan o pongan en peligro un bien jurídico.

B) Los delitos culposos

La ampliación del ámbito de responsabilidad penal de los miembros de la empresa por delitos cometidos desde la misma, se ha llevado a cabo también mediante la incriminación de mayores espacios de *culpa*, como sucede, por ejemplo, en delitos como el tráfico de productos nocivos, en los atentados contra el sistema crediticio o en los delitos contra el medio ambiente. En estos supuestos, los miembros de la empresa no sólo responderán por haber contribuido dolosamente a la realización de los delitos económicos mencionados, sino también por haber infringido en general determinados deberes de cuidado, sobre todo aquellos cuya infracción configura la llamada culpa por emprendimiento (exigir menor conocimiento para la imputación penal).

Actualmente se discute incluso sobre la posibilidad de aceptar una coautoría culposa y el castigo de la participación imprudente, lo que facilitaría la imputación general de deberes de cuidado en todos los niveles de la empresa. Esta ampliación de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa a través de la incriminación de la culpa, no resuelve, sin embargo, los problemas de vinculación de la infracción del deber de cuidado con el resultado típico, derivados de la compleja organización de las empresas modernas. La única forma de poder salvar estos inconvenientes sería considerar el resultado como una simple condición objetiva de punibilidad, centrando el injusto, por tanto, en la sola infracción de un deber de cuidado. Una comprensión tal del injusto resultaría, sin embargo, también poco compatible con la idea del delito como lesión individual de un bien jurídico concreto, pues convertiría el delito en una simple infracción de deberes del tráfico.

C) Los delitos de omisión

La responsabilidad penal de personas naturales por delitos cometidos desde la empresa se ha intentado fundamentar también a través de *la omisión*. Por un lado, se ha recurrido a la figura

de la comisión por omisión con base en una posición de garante del titular de la empresa frente a los delitos cometidos desde la empresa; y, por el otro, se ha propuesto la creación de un deber de vigilancia del titular de la empresa frente a posibles delitos cometidos desde la misma. Veamos esto de manera más detenida.

a) La posición de garantía del titular de la empresa

Una forma de cubrir los vacíos de punibilidad derivados de la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste en la configuración jurídico-penal de una posición de garantía del titular de la empresa. Si bien desde hace mucho se ha reconocido en la discusión doctrinal la posición de garantía del titular de una empresa por los delitos cometidos por sus empleados, el debate sobre su fundamento dogmático no tiene mucha antigüedad. A pesar de los distintos trabajos doctrinales ya emprendidos y la extensa jurisprudencia en Alemania, tampoco existe suficiente claridad sobre el alcance de esta figura. Dos son los aspectos que se presentan especialmente discutibles: el fundamento y los límites de la posición de garante del titular de la empresa.

En lo que atañe al fundamento de la posición de garantía del titular de la empresa, existe prácticamente unanimidad en el rechazo a una teoría de las fuentes formales de la posición de garantía y el recurso, más bien, a teorías materiales. El consenso de la doctrina llega incluso hasta su ubicación en la clasificación de las posiciones de garantía ofrecida por la teoría de las funciones de Armin KAUFMANN; más exactamente, que la posición de garantía del empresario no se deriva de una función de protección de un determinado bien jurídico, sino de un deber de vigilancia sobre una fuente de peligro. No obstante, esta clasificación de las posiciones de garantía ha sido objeto de crítica en el sentido de no mostrar con suficiente claridad su fundamento, por lo que numerosos estudios se han abocado precisamente a cumplir esta tarea. La mayor investigación sobre el fundamento de la posición de garantía ha llevado finalmente a que en la actualidad la doctrina penal configure la posición de garante del titular de la empresa con base en diversos criterios: la injerencia, la relación de autoridad sobre los dependientes o el dominio sobre fuentes de peligro. En función de la asunción de uno u otro fundamento, las consecuencias penales pueden variar, como se ha puesto de

manifiesto en el tema de la responsabilidad penal por la omisión de las llamadas de retirada de productos defectuosos. Por otra parte, en determinados delitos, como por ejemplo el medio ambiente, algunos autores consideran que el fundamento de la posición de garantía se encuentra en una posición de deber específico, de manera tal que no se requerirá una forma especial de dominio en el garante, sino solamente la existencia de un deber institucional específico.

La discusión se torna más polémica cuando se entra en los límites de la posición de garantía. Por una parte, se plantea la cuestión del círculo de personas por cuyas actuaciones el titular de la empresa resulta garante. Respecto de los miembros de la empresa –se afirma– no existe mayores dificultades, pues la relación de autoridad del titular de la empresa justificaría la posición de garantía. La discusión se centra en las personas ajenas a la empresa, pero que realizan actividades dentro de la organización de la misma. La doctrina penal se encuentra aquí dividida, en tanto se defiende, por un lado, la limitación del deber de control al personal de la empresa, mientras que, por el otro, se admite en mayor o menor medida una responsabilidad penal también por hechos de sujetos ajenos a la organización. Por otra parte, se discute sobre el tipo de acciones por las que el titular de la empresa aparece como garante, siendo la doctrina penal prácticamente unánime al restringir la posición de garantía a las acciones vinculadas a la actividad empresarial, aunque ciertamente no se limita a delitos económicos, sino que incluye delitos contra la vida, la integridad física, el honor, etc. Se destaca, en este sentido, que la simple posibilidad de impedir un delito desde la empresa no puede fundamentar aún la responsabilidad penal de garante del titular del negocio, sino que es necesario que se trate de hechos que se deriven de sus facultades de mando o administración.

El problema de la posición de garantía en la empresa resulta todavía más complejo cuando el titular del negocio delega sus funciones de administración y control en los llamados directivos o se trata simplemente de socios fundadores que en ningún momento han asumido funciones de dirección en la empresa. En efecto, la discusión sobre la posición de garantía en la empresa se centró, un primer momento, en el titular de la empresa, como se desprende de la propia denominación que se le ha dado a este instituto jurídico-penal. Sin embargo, este

entendimiento solamente se explica en las primeras formas empresariales en las que el titular de la empresa asumía la gestión del negocio, pues el desarrollo actual del fenómeno societario ha producido una escisión entre la propiedad y el control de la empresa, que ha traído como consecuencia que la posición de garantía en la empresa no se plantee respecto del empresario, sino respecto de los directivos o administradores de la empresa. El modelo de empresa no es más la empresa individual, en la que el empresario dirige efectivamente la empresa, sino una empresa en la que los propietarios son sólo inversionistas que no entran a tallar en la gestión de la misma, como lo muestran las diversas empresas que cotizan en bolsa. La posición de garantía respecto a las actividades de la empresa deberá pasar del empresario a los directivos de la empresa, independientemente de si éstos son también propietarios de la misma.

En la lógica del delito de omisión impropia, la posición de garantía de los directivos o administradores sólo podría admitirse como un supuesto de delegación de los deberes de control y vigilancia sobre los riesgos que se desprenden de la actividad empresarial, aunque habría que resaltar que esta situación no lleva consigo necesariamente la liberación completa de responsabilidad por parte del dueño del negocio. Sobre el titular de la empresa delegante permanecerían ciertos deberes de selección, información, control y vigilancia con los que podrían fundamentarse, a su vez, su responsabilidad penal. No obstante, se presentan serias dudas sobre si la infracción de estos deberes permite equiparar una omisión a la comisión activa. Por esta razón, un sector de la doctrina admite que en estos supuestos se tratará, más bien, de una simple participación por omisión, de un incumplimiento de deberes de salvamento o de una omisión pura de deberes de vigilancia.

b) El deber de vigilancia en la empresa

En estrecha vinculación con la posición de garantía del titular de la empresa, se encuentra el castigo al mismo por la infracción dolosa o culposa de un deber de vigilancia de evitar la realización de delitos o contravenciones desde la empresa. Desde un punto de vista político-criminal, este castigo serviría para cubrir los vacíos de punibilidad derivados de las dificultades probatorias de una responsabilidad en comisión por comisión del titular de una

empresa complejamente organizada. En el plano dogmático, se trataría de un tipo de recogida que solamente podría aplicarse subsidiariamente en caso de no ser posible una incriminación directa del empresario o directivos. Esta configuración dogmática de la infracción del deber de vigilancia permite ahorrar la demostración de una vinculación del titular o directivo de la empresa con el hecho cometido desde la empresa, bastando la verificación de un defecto organizativo en las medidas de vigilancia. Se trata, por tanto, de un injusto independiente del delito cometido desde la empresa, aunque lo usual es vincular la infracción del deber de vigilancia con la producción de este delito.

En la legislación penal peruana no existe una incriminación de la infracción del deber de vigilancia en la empresa, así como tampoco una sanción administrativa general por esta infracción. En cualquier caso, mientras la infracción de un deber de vigilancia se considere simplemente un ilícito administrativo, no se presentarán mayores problemas de legitimación. Las dificultades dogmáticas aparecerán en la medida en que se considere la infracción del deber de vigilancia un hecho merecedor de responsabilidad penal, especialmente si el injusto no depende, como tal, del delito cometido desde la empresa. Resulta claro que una incorrecta administración de la empresa no se muestra aún suficiente para fundamentar desde la lógica del bien jurídico una sanción penal, por lo que los defensores de la incriminación de la infracción de deberes de vigilancia han intentado vincular la sanción de esta infracción con una protección en el estadio previo a la lesión de bienes jurídicos por delitos cometidos desde la empresa. Esto, sin embargo, va en contra del supuesto carácter autónomo de esta infracción y lo vuelve a poner en relación con los delitos cometidos desde la empresa. Por esta razón, no cabe más que reconocer que el castigo por la infracción de un deber de vigilancia solamente podría fundamentarse si tal infracción se vincula como autoría o participación al delito cometido desde la empresa.

D. La autoría y la participación

La responsabilidad penal de los miembros de la empresa por delitos cometidos desde la misma, se ha pretendido finalmente justificar mediante el uso de las distintas formas de *autoría y participación*. Como se sabe, la responsabilidad penal no se reduce a la realización

directa del hecho delictivo, sino que puede abarcar otras formas de participación. En este sentido, se ha procedido a fundamentar supuestos de autoría y participación en el ámbito de la empresa atendiendo a las particularidades de la organización empresarial.

En las llamadas estructuras horizontales de la empresa, se ha procurado rentabilizar los criterios de imputación de la autoría no sólo mediante el desarrollo dogmático de una responsabilidad como coautores en el caso de decisiones colegiadas, sino también mediante el aligeramiento de los requisitos de la coautoría, en el que se renuncia al elemento subjetivo del acuerdo común. En este sentido, se estarían flexibilizando los elementos para fundamentar la responsabilidad penal a título de coautor en las estructuras empresariales, pues, por un lado, la aportación del coautor no tendría que ser esencial (al menos causal del resultado) y, por el otro, bastaría con una simple distribución del trabajo sin que sea necesario un acuerdo previo para la realización conjunta del hecho delictivo.

En el ámbito de las llamadas estructuras verticales, se ha recurrido a la figura de la autoría mediata para atribuir responsabilidad a los miembros de la empresa que ocupan cargos de dirección, en la medida que sobre ellos recae el dominio sobre la decisión de las actuaciones de la empresa, y esto con independencia de si los dependientes resultan penalmente responsables (aparatos organizados de poder). En este último supuesto, un sector de la doctrina penal sostiene, sin embargo, que sólo procede una responsabilidad penal por inducción del superior sobre los dependientes, en tanto éstos (los ejecutores directos) mantienen aún su responsabilidad penal por el hecho. En cuanto a los subordinados, una imputación penal no se encuentra excluida, ya que también puede afirmarse una coautoría entre directivos (decisión) y empleados con conocimiento del hecho (ejecución). La posibilidad de fundamentar una responsabilidad de los directivos como cómplices de los delitos cometidos directamente por sus dependientes también ha sido defendida, al igual que una posible complicidad del ejecutor directo (trabajador) en un delito cometido por los directivos. La doctrina penal mayoritaria señala además que todas estas formas de participación podrían tener lugar igualmente mediante una conducta omisiva.

Como puede apreciarse del breve esbozo que hemos realizado, las posibilidades de imputación de un delito cometido desde la empresa a sus miembros mediante las distintas formas de autoría y participación son muy diversas, lo cual muestra también que en la doctrina penal no reina un acuerdo sobre el alcance de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa. Esta situación de falta de consenso se debe seguramente a la insatisfacción de las distintas propuestas para cubrir las necesidades de imputación en estructuras empresariales, por lo que al final se opta por aquella formulación que satisface mejor las exigencias sociales respecto de un determinado delito. En nuestra opinión, no debe sacrificarse la seguridad que ofrece un sistema dogmático por puras demandas de sectores de la población motivadas por la fuerza de conmoción de un caso concreto. Esta afirmación no significa que la imputación penal no tenga que ajustarse a la sociedad, pues la imputación de responsabilidad penal de los miembros de la empresa sólo podrá alcanzarse de manera más completa si se utilizan los roles jurídicamente relevantes como criterios de determinación. Lo que debe evitarse es el manejo coyuntural de los mecanismos de imputación penal.

2. La imputación de responsabilidad penal con base en roles

Como hemos podido apreciar de lo anteriormente expuesto, las construcciones dogmáticas que se han desarrollado para conseguir imputar responsabilidad penal a los distintos miembros de la empresa por un delito cometido desde la misma, presentan una complejidad tal que apenas puede descubrirse con claridad el fundamento de la imputación. El apremio político-criminal por cubrir las necesidades de imputación penal y las dificultades de fundamentación dogmática llevan consigo el peligro de motivar finalmente el recurso a fórmulas simplistas (delitos de peligro o la infracción de un deber de vigilancia) que, por otra parte, permiten una imposición de sanciones que muy poco se corresponden con las necesidades reales de imputación penal. Por esta razón, consideramos dogmáticamente mucho más adecuado construir un sistema de imputación con base en roles y dejar de lado las limitadas posibilidades dogmáticas de los puntos de partida naturalistas antes referidos.

La reconfiguración de la imputación penal en la empresa que proponemos debe comenzar por dejar de entender que el punto central de la imputación penal es la ejecución fáctica del

hecho que produjo directamente el resultado lesivo y, a partir de ahí, definir al autor y a los demás responsables del delito. La determinación de la responsabilidad penal no se sustenta en el dominio fáctico-individual sobre la ejecución del hecho, sino en la competencia por el hecho. En este contexto de ideas, los miembros de la empresa que intervienen en las actividades empresariales mantienen sus propias competencias de organización e institucionales, de manera que en caso de defraudación deberán responder penalmente por ello. Pero debe señalarse que este ámbito personal de responsabilidad penal de los sujetos que participan en la organización de una empresa se ve ampliado en la actual configuración de nuestro sistema penal, precisamente porque el rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deja abiertos considerables vacíos de punibilidad que deben cubrirse con los ámbitos de competencia de sus miembros. Se carga así a los miembros de la empresa con mayores competencias de organización e institucionales que las estrictamente personales. En cualquier caso, la idea central es que la responsabilidad penal de los miembros de la empresa no depende del aporte fáctico en el hecho, sino de la competencia por el mismo, lo que requiere determinar si el delito cometido desde la empresa es un delito de dominio o un delito de infracción de un deber, pues el rol atribuido y las competencias infringidas se configuran de forma distinta.

Por las limitaciones de tiempo de mi exposición, me voy a centrar en los delitos comunes de dominio. No voy a entrar ni en los delitos especiales de dominio (en donde habría que abordar temas sumamente complejos como el actuar en lugar de otro), ni tampoco en aquéllos que están configurados como delitos de infracción de un deber (instituciones positivas específicas).

3. Delitos de dominio

En el caso concreto de los delitos de dominio, el criterio central de imputación se encontrará en el rol general de ciudadano que poseen todos los sujetos que participan en la organización de la empresa. Los distintos miembros de la empresa que hayan infringido individual o conjuntamente este rol general, deberán responder penalmente por ello.

Los delitos comunes no exigen en la descripción típica una calidad especial del autor, de manera que pueden aplicarse, en principio, a todos los ciudadanos. Todas las personas naturales participantes en el ámbito de la organización de la empresa pueden ser hechas responsables, siempre y cuando resulten competentes por el dominio del riesgo que se desprende de la organización empresarial. En este sentido, resulta necesario que los criterios de imputación penal se adapten a la realidad empresarial, por lo que debe tenerse en cuenta el reparto de funciones y del trabajo en la empresa, la distribución selectiva de la información, el desarrollo de una cultura empresarial, etc. En lo que sigue, vamos a ocuparnos de exponer de manera detallada cómo debe tener lugar esta determinación de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa, atendiendo precisamente a las competencias asumidas en la organización empresarial.

A. La imputación penal a los propietarios de la empresa

Para determinar la responsabilidad penal del *titular o socios de una empresa* en los delitos de dominio, no necesitamos fundamentar una especial posición de garantía o la imposición de un deber *ad hoc* de vigilancia, sino, más bien, precisar las competencias por organización derivadas de su rol de ciudadano en la creación de una empresa. A partir de esta idea, un sector de la doctrina penal atribuye al titular de la empresa una competencia general por la organización de la empresa, de manera tal que respondería penalmente por los defectos de organización realizados directamente por los empleados. Esta extensión del ámbito de organización de los dueños de un negocio resulta perfectamente comprensible en el caso de una pequeña empresa familiar en la que el dueño del negocio lleva de manera directa toda la actividad empresarial. Pero si se trata de una empresa con una organización compleja, la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede justificar trasladar las categorías de imputación de la responsabilidad del dueño del negocio a las grandes empresas.

Si nos centramos en el principio de autorresponsabilidad, no podremos aceptar semejante ampliación de las competencias de administración en el caso de empresas complejamente organizadas. Los titulares de una empresa, al igual que los socios de una sociedad, son competentes sólo por la adecuada constitución de la empresa y por las líneas generales de

orientación de la actividad empresarial –lo cual se aprecia claramente en el reconocimiento expreso de su responsabilidad civil y social durante la etapa de constitución de una sociedad–, así como por las decisiones generales reservadas a órganos como, por ejemplo, la junta general de accionistas en el caso de sociedades anónimas. Estos son los aspectos relevantes de la esfera de organización de los socios de la empresa y por lo que deberán responder en caso de realización de un hecho delictivo (sea por su propia actuación, sea por la de un miembro de la empresa), a no ser que voluntariamente asuman la dirección de la empresa u otros ámbitos de organización específicos dentro de la empresa. Por encima de estos aspectos, sólo podría admitirse un mayor ámbito de responsabilidad en caso de creación de un riesgo especial generado por la propia actividad de la empresa (por ejemplo, por la utilización de sustancias tóxicas), pero hay que admitir que la competencia se reducirá a este peligro en concreto. Si se impone una responsabilidad penal más allá de estos límites, se estará afectando el principio de autorresponsabilidad por el dominio del riesgo y recurriendo a una especie de responsabilidad institucional, aunque sin el fundamento material para ello: esto es, la existencia de una institución social específica.

B. La imputación penal a los directivos de la empresa

Las competencias por organización son mayores, por el contrario, en el caso de los *directivos de la empresa*, sean éstos propietarios o no de la empresa. Un sector de la doctrina penal pretende, por ello, atribuirle una amplia competencia sobre el negocio de la empresa (*Allzuständigkeit*). No obstante, en los delitos cometidos desde la empresa las competencias organizativas de sus directivos se limitan sólo a decidir sobre las actividades globales de la empresa y no comprenden, por tanto, todas las decisiones y actuaciones realizadas en la estructura empresarial. En este sentido, su responsabilidad penal debe abarcar sólo la toma de decisiones antijurídicas en la administración de la empresa, así como también la ejecución, por ellos mismos o por subordinados, de los aspectos establecidos en las mismas. Hay que reconocer, sin embargo, que su posición en la estructura empresarial les impone además competencias de control y vigilancia generales sobre las prestaciones de sus subordinados en la empresa, así como también un deber de evitar configurar la administración general de la empresa de una manera tal que resulten idóneas para la realización de hechos delictivos de

otros miembros. Con base en estas competencias se debe fundamentar tanto la imputación objetiva como la imputación subjetiva.

a) La imputación objetiva

La imputación objetiva del hecho puede tener lugar de diversas formas en función de la estructura empresarial. La infracción de las competencias por organización puede dar lugar a una responsabilidad penal del directivo en los siguientes casos:

- *Responsabilidad por decisiones colegiadas*: La responsabilidad penal de un directivo se presenta fácil de precisar cuando se trata de un órgano de decisión unipersonal. No obstante, en la empresa moderna es muy común que las decisiones se tomen de manera colegiada, por lo que resulta necesario determinar la responsabilidad penal en estos casos. De forma unánime la doctrina penal contemporánea rechaza la posibilidad de configurar un delito colegial sustentado únicamente en la pertenencia a un órgano colegial, exigiendo, más bien, un proceso de individualización al interior del órgano pluripersonal de la responsabilidad penal de cada uno de sus miembros. Para determinar esta responsabilidad se ha propuesto diferenciar dos planos de imputación: uno horizontal y otro vertical. Ante esta afirmación, quisiéramos acotar que la imputación penal se realiza de una sola manera –esto es, a partir de las competencias de cada miembro del órgano colegiado–, aunque el ámbito de organización comprometido pueda abarcar aspectos horizontales o verticales de la estructura empresarial.

En el caso de estructuras horizontales, la responsabilidad penal se configura con el solo acuerdo del órgano colegiado de la empresa. Ciertamente se trata de una incriminación excepcional, en tanto la toma de una decisión constituye normalmente un estadio previo a la realización del delito, todavía impune. Sin embargo, el recurso usual en el Derecho penal de la empresa a delitos de peligro abstracto permitiría una incriminación ya en la fase preparatoria (una toma de decisión), como es el caso, por ejemplo, del delito financiero de concentración de créditos del artículo 244 del Código penal. En estos casos, todos los que votan formalmente a favor de la decisión, con independencia de si su voto al momento de emitirse puede considerarse causal o no del sentido de la votación, responderán como

coautores, pues no se trata de un hecho propio de cada uno, sino de un hecho del órgano colegiado. En este sentido, tiene poca relevancia para la imputación de responsabilidad penal el hecho que la votación se haya desarrollado de manera simultánea o sucesiva. Todos los participantes en la sesión que votaron a favor de la decisión son competentes por la misma, mientras que no lo serán aquellos que lo hicieron en contra o no estuvieron presentes. Estos últimos no están ni siquiera obligados a impedir la realización de tal votación.

La situación resulta un tanto más discutible en caso de una conformidad informal, esto es, aquella que se ofrece después del acto formal de la votación. No se presenta mayores problemas para reconocer la responsabilidad penal en caso de una decisión informal que permite adoptar un acuerdo que no se habría alcanzado en la sesión formal. Los problemas aparecen, más bien, cuando una conformidad informal recae sobre un acuerdo que ya se ha tomado en la sesión correspondiente. Ya que nos estamos refiriendo a los supuestos en los que el simple acuerdo configura ya el delito, la conformidad informal con una decisión ya tomada, con mayor o menor convencimiento, no puede configurar ninguna forma de participación punible en el hecho.

En caso de una imputación de responsabilidad con base en estructuras verticales, no basta un acuerdo, sino que éste debe necesariamente realizarse para que tenga lugar una conducta penalmente punible. En estos casos, debe partirse de la idea de que la responsabilidad de los miembros del órgano colegiado no surge sino hasta que se comience a ejecutar la decisión previamente tomada. La responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado que han votado a favor de la realización del hecho delictivo no ofrece mayores problemas, en la medida que resultan competentes por los efectos delictivos de la ejecución de la decisión por ellos tomada. La discusión tiene lugar, más bien, en la determinación del grado de participación de los directivos, es decir, si deben responder como coautores directos, coautores mediatos, instigadores o simples partícipes de los ejecutores de la decisión.

En la estructura empresarial son normalmente los órganos de gestión y finalmente los trabajadores los que ejecutan las decisiones de los directivos, pero esta circunstancia no tiene por qué fundamentar su responsabilidad penal, en la medida que sus prestaciones se ajusten a

sus obligaciones de subordinación. En estos casos, las consecuencias derivadas de la actuación de los subordinados deberán imputarse directamente a la esfera de organización de los directivos como coautores, concretamente: a los directivos que votaron a favor de la realización de un hecho delictivo. A los miembros del órgano colegiado que no votaron a favor de la decisión, sólo podrá alcanzarles responsabilidad penal por otras razones: un miembro del órgano colegiado que no participó en el acto de votación y luego muestra su conformidad informal, podrá responder como cómplice moral en la medida que refuerza la decisión ya tomada, mientras que a los miembros que votaron en contra les corresponderá en cualquier caso un deber general de socorro si se cumplen los presupuestos del artículo 127 del Código penal. Por el contrario, en caso de existir una situación riesgosa frente a la cual los miembros del órgano colegiado son competentes, no se necesitará participar en un acuerdo de no impedir la realización del riesgo para responder penalmente, sino que el solo incumplimiento de contribuir a un deber de aseguramiento o salvamento configurará su responsabilidad como autores.

-Delegación de facultades de dirección: Un tema muy discutido tiene lugar en la responsabilidad penal del directivo que delega facultades de decisión por los delitos cometidos por el delegado en el ejercicio de sus funciones. Si se admite, por un lado, que el delegante se vea liberado de responsabilidad por el simple hecho de la delegación, se advierte que esto puede llevar a consolidar la llamada “organizada irresponsabilidad” en el ámbito de la empresa. Pero, por otra parte, se afirma también que si la delegación no produce un descargo de competencias, no sólo perderá su sentido, sino que aumentará de una manera incontrolable las competencias de control de los directivos sobre sus dependientes. Ante esta situación, la solución tiene que ir necesariamente por un camino intermedio, esto es, por negar una liberación de responsabilidad de los directivos delegantes, pero sin extender todas las competencias de organización al dominio del ámbito de organización del delegante.

Una solución satisfactoria debe partir de la base de que en toda actividad de administración existe un conjunto de competencias indelegables, de manera que ciertas delegaciones de funciones no tendrán relevancia alguna en la imputación penal. Ahora bien, la posibilidad de una delegación de competencias no significa liberar al delegante de responsabilidad, pues en

determinados casos éste mantiene plenamente sus competencias de organización a pesar de un acto de delegación o, en todo caso, tiene el deber de reasumirlas. Así, permanecen en el delegante competencias de organización cuando ha elegido con conocimiento de causa un delegado incapaz de cumplir con las tareas encomendadas (deber de selección) o no cumple con darle los medios o las instrucciones suficientes para que lleve a cabo de manera correcta sus funciones (deber de dotación de medios y deber de instrucción). Por otra parte, existe un deber de reasumir sus competencias de organización en caso que el delegado salga de la organización empresarial, se encuentre reconociblemente sobreexigido o se muestre posteriormente como incompetente para el desempeño de las funciones delegadas (deber de intervención). La situación cambia, sin embargo, respecto del incumplimiento de simples deberes de vigilancia sobre el delegado, pues con ello solamente se favorece la configuración delictiva de la esfera de organización del delegado (competente primario). Por esta razón, el grado de competencia por el incumplimiento de deberes de vigilancia podrá justificar una responsabilidad penal del delegante sólo en calidad de partícipe, aunque hay que reconocer que en caso de un delito culposos la asunción de un concepto unitario de autor llevaría a una responsabilidad a título de autor. No obstante, debe señalarse que nuestro Código penal hace mención solamente a que la participación sea dolosa, pero no exige que también el hecho principal sea doloso, de manera que resultaría posible diferenciar también en los delitos culposos entre autor y partícipe. Así las cosas, el delegante respondería penalmente como partícipe también en los delitos culposos cometidos por el delegado, aunque debe reconocerse que nuestra regulación positiva obligaría a dejar sin sanción los casos de participación culposa.

- *Responsabilidad por los hechos de otros directivos*: En la empresa moderna resulta usual que el gobierno de las empresas no se reduzcan a un único superior jerárquico, sino que la estructura organizativa de la empresa asuma ciertos rasgos heterárquicos, es decir, de coordinación sin jerarquías. La existencia de directivos en un plano de absoluta coordinación, plantea el tema jurídico-penal de si a un directivo le alcanza responsabilidad penal –y, dado el caso, hasta qué grado– por el hecho delictivo de otro directivo con el que coordina la dirección de la empresa. El punto de partida en esta estructura horizontal es el principio de confianza, de manera que no cabrá imputar responsabilidad penal a un directivo por la

infracción de las competencias de administración de otro. No obstante, este principio no tiene una vigencia absoluta, no siendo aplicable en los casos en los que resulta objetivamente evidente que el otro directivo no ha cumplido correctamente su parte del trabajo conjunto. En este sentido, si un directivo contribuye a la realización de un hecho delictivo derivado de la infracción de competencias de otro directivo, será penalmente responsable solamente si existen elementos de juicio objetivos que rompan la vigencia del principio de confianza. En este caso de excepción, habría que decidir si la responsabilidad penal es a título de coautor o solamente de cómplice. En la medida que el hecho realizado conjuntamente pertenece a ambos directivos, consideramos que la imputación penal al directivo no cubierto por el principio de confianza será a título de coautor.

- *Responsabilidad por los hechos de sus dependientes:* Ya hemos adelantado que las prestaciones de los dependientes de los directivos forman parte de la esfera de organización de éstos, por lo cual, aun cuando el delito sea realizado fácticamente por un dependiente, la autoría directa le corresponderá al directivo. En este sentido, cabe precisar que los hechos imputados no pertenecen realmente a sus dependientes, sino al propio directivo. No obstante, existe la posibilidad de que el hecho realizado por el dependiente no se corresponda con la organización dispuesta por el directivo, de manera tal que no resulte posible hablar de aspectos que formen parte del ámbito de organización del directivo. En estos casos, solamente podrá hablarse de una responsabilidad penal del directivo si éste no ha cumplido con deberes de control y vigilancia sobre sus dependientes o ha configurado aspectos de la empresa de una forma tal que favorecen la realización de delitos por parte de sus dependientes. En estos supuestos, no es que el dependiente configure la esfera de organización del directivo, sino que ambos realizan una organización defectuosa común. Si la aportación del directivo al hecho delictivo de su subordinado constituye, por el contrario, un acto neutral, su responsabilidad penal no podrá afirmarse.

b) La imputación subjetiva

En cuanto a la imputación subjetiva, la complejidad de las estructuras empresariales presenta ciertos problemas para fundamentar esta faceta de la imputación penal del hecho al directivo

de la empresa. La imputación del conocimiento requerido para el dolo, por ejemplo, se presenta problemática debido a la distribución de la base de información en diversos sujetos. Para poder salir al paso frente a estas dificultades de imputación de conocimiento, la legislación penal recurre cada vez más a figuras que mezclan los delitos de peligro y la imputación culposa. No obstante, como ya lo hemos visto, el recurso a esta técnica de regulación de los tipos penales resulta cuestionable desde el punto de partida que define al delito como una lesión del bien jurídico atribuible a una persona individual. En este sentido, la imputación del conocimiento fundamentador del dolo a los directivos de la empresa debe reconfigurarse también en atención a las competencias de conocimiento y las características de la organización empresarial.

La división del trabajo y la canalización de información en las estructuras empresariales complejas dificultan que los órganos de dirección de una empresa puedan conocer el alcance y la peligrosidad de las acciones individuales respecto de determinados bienes jurídicos, así como la antijuricidad penal del hecho. Estos problemas de insuficiencia de conocimiento se han pretendido solucionar con las nuevas formulaciones del dolo basadas solamente en el conocimiento del riesgo. No obstante, debe reconocerse que las dificultades de imputación del dolo no se resuelven del todo mediante un recurso al conocimiento del peligro generado, pues incluso los elementos de juicio de un peligro pueden faltar en las complejas estructuras empresariales. En este contexto, adquiere una especial importancia la configuración normativa que hemos dado a la imputación subjetiva en el sentido de competencias de conocimiento. Por ello, no interesa si el miembro de la cúpula de dirección de una empresa tiene o no los conocimientos necesarios para la imputación dolosa, sino si en sus concretas circunstancias personales *debe* tenerlos consigo. Si mediante el manejo de la información remitida y las labores de control o vigilancia exigidas le resulta posible al directivo acceder a los conocimientos necesarios para tener un juicio exacto sobre el peligro de su actuación, podremos afirmar una imputación dolosa. Si, por el contrario, el cumplimiento de las competencias de información y control no le ha permitido acceder a la información necesaria, la imputación del dolo no podrá llevarse a cabo.

En lo que atañe a la imputación subjetiva de la culpa, resulta de especial importancia el manejo de la base de información, pues la exigencia de la cognoscibilidad en los miembros de la empresa se presenta muy difícil en la complejidad de las organizaciones empresariales modernas. En este sentido, debe precisarse si la imputación culposa fracasa completamente en la empresa o, pese a todo, puede imputarse a sus miembros la realización de ciertos delitos a título de culpa. En nuestra opinión, la imputación subjetiva culposa en el seno de la empresa puede tener lugar a pesar de las dificultades derivadas de la distribución selectiva de la información entre los miembros de la organización. En la empresa moderna, la responsabilidad penal se configura no sólo por una contribución activa en la producción cognoscible de un riesgo penalmente desaprobado, sino también por el incumplimiento de deberes de control y vigilancia. En este sentido, puede vincularse a ciertos miembros de la empresa con la realización de determinados delitos recurriendo a la infracción de estos deberes. Si para un miembro de la empresa resulta cognoscible que el incumplimiento de sus competencias de vigilancia y control permitirá la realización de ciertos hechos delictivos, entonces una imputación culposa podrá tener lugar. Pero con ello no se agota la problemática, pues la discusión se traslada a la cuestión de si todas las infracciones culposas de los deberes de control y vigilancia pueden castigarse penalmente. Si se asume el parecer doctrinal que defiende un concepto unitario de autor en los delitos culposos, toda infracción de tales deberes deberá conducir a su sanción a título de autor. Sin embargo, este punto de partida no se deriva de la redacción de nuestro Código penal, en donde parece regir, más bien, la idea de que en los delitos culposos también existe una imputación a título de partícipe. En este sentido, la infracción de deberes de control y vigilancia solamente podrá castigarse si se trata de un competente primario (autor) o si se contribuye dolosamente mediante el incumplimiento de estos deberes a la realización imprudente de un hecho. Nuestra regulación penal deja impune la participación culposa.

Para concluir estas consideraciones generales sobre la imputación subjetiva del hecho a los directivos de la empresa quisieramos abordar brevemente la conformación de la imputación subjetiva en el caso de decisiones colegiadas antijurídicas. El supuesto perfecto sería la imputación dolosa a todos los miembros del órgano colegiado que han participado en la votación penalmente relevante. No obstante, es bastante posible que a los participantes en la

votación sólo pueda alcanzarles una imputación culposa. Si todos actúan de manera culposa, cabrá una imputación a todos a título de autores. En caso que uno actúe dolosamente, se presentarán dos posibles supuestos: en caso que el autor doloso sea competente por el menor conocimiento de los otros miembros, se presentará entonces una autoría mediata; por el contrario, si el autor doloso no es competente por la situación de menor conocimiento de los otros miembros, concurrirán una autoría dolosa con una culposa.

C. La imputación penal a los miembros de los órganos de control interno de la empresa

Otro grupo importante de miembros de la empresa respecto de los que se discute su responsabilidad penal son los órganos internos de control de la empresa. La importancia cada vez mayor de la empresa en la vida económica impone la necesidad de mecanismos de control sobre la misma, lo cuales no se reducen a la creación de órganos fiscalizadores externos, sino que resulta también usual constituir órganos de control al interior de la empresa misma (por ejemplo, un consejo de vigilancia en una sociedad anónima). En tanto se le atribuyen a estos órganos competencias de control, una responsabilidad penal de sus miembros por delitos cometidos desde la empresa podrá discutirse. Pero para poder determinar tal responsabilidad será necesario que precisemos primeramente el alcance de las mencionadas competencias de control.

En cuanto a los llamados consejos de vigilancia, el silencio que la nueva Ley General de Sociedades hace respecto de éstos en los artículos correspondientes a las sociedades anónimas deja un vacío que tendrá que ser cubierto por la doctrina y la práctica judicial. Desde el punto de vista de la responsabilidad penal, puede partirse de la idea de que a estos órganos de control no les alcanza un deber de control general sobre todo lo que sucede al interior de la empresa, sino que estos deberes se limitan fundamentalmente a un control sobre los actos de decisión más importantes de los directivos. Estos deberes de control autorizan a los órganos de vigilancia a impedir determinadas medidas de administración, pero no les permite imponerlas, pues de lo contrario se iría en contra de la autonomía funcional de los órganos de dirección. La separación de las competencias al interior de la empresa lleva a la conclusión de que resultan muy difíciles supuestos de codelincuencia entre los directivos y

los miembros de un órgano de vigilancia. Una coautoría solamente podría tener lugar si en los estatutos de la sociedad se estableciera, por ejemplo, la participación necesaria del órgano de vigilancia en ciertas actividades negociales de los directivos (un derecho de veto, por ejemplo) o en caso de una asunción fáctica de las competencias de administración. No obstante, una responsabilidad penal como autor podría sustentarse en los órganos de vigilancia desde la lógica de un deber especial derivado de la confianza especial de la sociedad, en el caso de delitos que la perjudican patrimonialmente. Por lo demás, la infracción de las competencias de vigilancia de los miembros de un órgano de control podrá configurar una responsabilidad penal como partícipe en un delito realizado por los directivos o un delito de omisión de denuncia en caso de tomar conocimiento de hechos delictivos cometidos desde la empresa (artículo 407 del Código penal). Para determinar la responsabilidad en caso de decisiones colegiadas del órgano de control nos remitimos a lo dicho para los directivos.

Dentro de los órganos de control de la empresa conviene señalar también a los auditores internos que en una reciente modificación del Código penal han sido incorporados como posibles autores de los delitos de administración fraudulenta de persona jurídica y del delito financiero de ocultamiento de información. Al igual que lo indicado para los consejos de vigilancia, la responsabilidad penal de los auditores internos no se fundamenta en actos de administración de la empresa, sino en la específica labor de control que sobre ellos recae. Por lo tanto, y en la medida que la labor de control de los auditores internos se refieren a la información económica y financiera de la empresa, su responsabilidad penal estará vinculada a la falta de idoneidad o veracidad de los estados financieros elaborados por la administración de la empresa para informar sobre su situación patrimonial a órganos de supervisión o a terceros interesados. En estos casos, su competencia específica al interior de la estructura organizativa los hace autores de los delitos referidos a los estados financieros y los informes sociales de la persona jurídica.

D. La imputación penal a los mandos medios

No muy tratado en la doctrina se encuentra la responsabilidad penal de *los miembros de los órganos de gestión* o llamados mandos medios en teoría de la organización empresarial. A estos miembros de la empresa les corresponde en sentido estricto funciones de ejecución, pero debido a que se llevan a cabo en un nivel intermedio, requieren de cierto grado de decisión dentro del marco establecido por los directivos. Esta situación ha llevado en la práctica a que se les haga penalmente responsables o se les libere de tal responsabilidad en función de si es posible o no llegar a los directivos de la empresa. Para poder precisar su responsabilidad penal hay que tener en cuenta que estos miembros de la empresa cumplen una función de catalizador entre las decisiones y la ejecución de las mismas, por lo que no debería alcanzarles, en principio, una responsabilidad penal, en tanto las decisiones vienen de arriba y quienes las ejecutan son los de abajo. Sin embargo, debe señalarse que en la mencionada función de concreción de las decisiones empresariales, resulta posible también que estos miembros de la empresa infrinjan su rol de ciudadano y aparezcan, por tanto, como penalmente responsables. La cuestión será determinar, entonces, cómo se manifiesta tal responsabilidad.

Como ya tuvimos oportunidad de referirlo al tratar la responsabilidad penal de los directivos en los casos de delegación de facultades, también a los delegados les alcanza una responsabilidad penal en caso de un incumplimiento penalmente relevante de las facultades delegadas. En este sentido, si en el ejercicio de sus facultades limitadas de decisión un mando medio configura su esfera de organización de manera que resulten afectadas personas ajenas a la empresa, su responsabilidad penal se encontrará fundamentada con independencia del incumplimiento de funciones de vigilancia por parte de los directivos. Esta responsabilidad penal puede también fundamentarse en la asunción de tareas que le superan (culpa por emprendimiento) o en la omisión de informar a sus superiores sobre los problemas que le impiden cumplir adecuadamente con sus tareas. En consecuencia, a los mandos medios también les alcanza una responsabilidad penal por delitos de dominio cometidos desde la empresa si puede determinarse que infringió sus propias competencias de organización al interior de la empresa.

Un supuesto especial de responsabilidad penal se presenta en el caso de que el mando medio solamente se limite a transmitir a los ejecutores la orden impartida por los directivos de realizar una conducta delictiva. Si bien el mando medio podría alegar en su defensa que se limitó únicamente a cumplir con transmitir una orden del superior, resulta evidente que si la orden es manifiestamente delictiva el contexto objetivo excluye la posibilidad de alegar una conducta neutral. En este sentido, no habrá problema en fundamentar su responsabilidad penal por el hecho lesivo. No obstante, resulta discutible si la responsabilidad penal del mando medio debe ser a título de autor o cómplice. En la medida que el dominio preferente del hecho lo tiene el directivo, la intervención del mando medio solamente podría fundamentar una responsabilidad penal a título de cooperador necesario.

E. La imputación penal a los trabajadores

La responsabilidad penal de los *trabajadores* se presenta en principio incuestionable debido a que normalmente son éstos quienes ejecutan directamente la conducta típica. En este sentido, si se dan los presupuestos subjetivos necesarios (dolo o culpa) no tendría que haber ningún inconveniente para atribuirles responsabilidad penal por el hecho producido. No obstante, en un sistema de imputación penal basado en roles, la comprobación de una evitabilidad fáctica del hecho no resulta suficiente para atribuir responsabilidad, sino que es necesario además que se trate de personas competentes por la organización del riesgo penalmente prohibido. En el caso concreto de la organización empresarial, los trabajadores no tienen la competencia organizativa, pues ésta les corresponde a los superiores. En este sentido, aun cuando los trabajadores conozcan el efecto dañoso de su aportación, no responderán penalmente por lo ejecutado, o en cualquier caso sólo por la infracción de un deber general de socorro. La única posibilidad de hacer responsables a los trabajadores por un delito cometido desde la empresa se presenta en supuestos de órdenes que no se ajustan en lo absoluto a la actividad empresarial y que llevan a la realización de una conducta antijurídica. Así, por ejemplo, si a los trabajadores de una empresa aceitera encargados de embotellar aceite de consumo humano, se les ordena incluir una sustancia claramente tóxica, entonces la responsabilidad penal de los trabajadores que realizan conscientemente esta aportación podrá perfectamente

afirmarse. Cuestión a discutir será, sin embargo, si su aporte al hecho conjunto fundamenta una autoría o una participación.

F. La imputación a los asesores de la empresa

La cuestión de la responsabilidad penal de los asesores resulta ampliamente discutida en la doctrina penal. En términos simplificantes, podría decirse que la discusión se reduce a dos temas: la repercusión de su actuación respecto de la responsabilidad de su asesorado y la fundamentación de su propia responsabilidad. El primer aspecto de la discusión constituye una cuestión referida a la imputación subjetiva que se discute en el marco concreto del error por información técnica defectuosa. En esta exposición, nos vamos a ocupar exclusivamente del segundo aspecto en el marco de la actuación de las personas jurídicas.

El fundamento de la responsabilidad penal de los asesores de empresas en temas contables, administrativos, legales, etc., se ha discutido en dos ámbitos de la teoría del delito. Concretamente, en el marco de la imputación objetiva (prohibición de regreso) y en el marco de las causas de justificación (ejercicio legítimo de una profesión). Si bien el análisis estratificado del delito permite diferenciar ambos planos, ya hemos puesto de manifiesto que la diferencia no implica el manejo de criterios de imputación distintos. En el fondo, en la discusión sobre las estructuras de descargo de la imputación se sigue discutiendo sobre la competencia jurídico-penal por el hecho. En todo caso, el proceder sistemático debe intentar solucionar el caso analizado en el primer nivel de análisis (tipicidad) antes de pasar a encontrar la solución en el segundo nivel (justificación). Por esta razón, considero que la responsabilidad penal de los asesores de empresas debe determinarse, en primera línea, con el instituto jurídico-penal de la prohibición de regreso.

La regla general de la imputación objetiva establece que mientras el asesor se mueva objetivamente en el marco de su ámbito de actuación profesional, no podrá atribuírsele una imputación penal a título de partícipe. Solamente si introduce o adapta su actuación profesional a un contexto objetivamente delictivo, su aportación pierde su carácter neutral y, por lo tanto, autoriza imputarle objetivamente la realización del hecho delictivo. El punto de

discusión se encuentra en determinar cuándo la labor de asesoramiento entra en un contexto delictivo. Es evidente que si la información suministrada se limita a exponer una situación u orden de cosas, la prestación se mantiene en el ámbito de lo permitido. Solamente cuando la labor de asesoramiento implica aconsejar la realización de un hecho delictivo se abandona la neutralidad y se adquiere un carácter objetivamente delictivo. En este caso, la responsabilidad se enmarca en el ámbito de la complicidad, pues en la medida en que no se determina al asesorado sino simplemente se le aconseja, difícilmente se puede hablar de una instigación.

En la doctrina penal, se ha discutido especialmente sobre la posibilidad de castigar penalmente a los asesores que actuaron objetivamente sin entrar en un contexto marcadamente delictivo, pero con conocimiento cierto de la utilización delictiva futura de sus aportaciones. La respuesta debe encontrar ciertas matizaciones. Si se trata de actos de asesoramiento sobre temas objetivamente riesgosos, el conocimiento de la voluntad criminal fundamentaría una responsabilidad penal. Sin embargo, si el Estado entra a administrar centralizadamente los casos en los que el asesor puede concluir la existencia de una voluntad criminal del otro, no podrá imputársele responsabilidad penal por el conocimiento subjetivo. La determinación de los estándares de conocimiento por parte del Estado, lo hace competente por la falta de idoneidad de esos estándares en un caso concreto.