

**SEMINARIO INTERNACIONAL
LOS DELITOS IMPRUDENTES EN EL AMBITO EMPRESARIAL**

Ponencia de la Dr.^a Elena Núñez Castaño

La responsabilidad penal en la empresa

Quisiera comenzar mi intervención agradeciendo a los organizadores de este seminario internacional que hayan pensado en mí para que estuviera sentada en esta mesa dando esta conferencia, quisiera dar las gracias a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, al Ministerio Público, a la Fiscalía Regional de Rancagua y, sobre todo, al Centro de Estudios de la Justicia de esta Universidad y a todo su equipo.

Tras las espléndidas exposiciones que se realizaron ayer por el profesor Soto y la profesora Horvitz, difícilmente podré alcanzar ese listón. Lo único que voy a intentar es ser lo mas clara posible en tratar de explicarles el tema del que me han pedido que les hable, concretamente de la responsabilidad penal en el seno de estructuras jerarquizadas empresariales. Trataré, así, la responsabilidad de la persona jurídica, los criterios de atribución de responsabilidad en el seno de esas personas jurídicas y la institución del actuar en lugar de otro.

Permítanme empezar, para centrar un poco el tema, poniéndoles unos supuestos prácticos. El primero es el supuesto de una empresa, con forma de sociedad anónima, dedicada a la extracción de mineral de cobre que almacena residuos tóxicos procedentes de su actividad en un embalse construido al efecto. Este embalse es revisado periódicamente por una serie de inspectores técnicos que en las dos últimas revisiones informan a los administradores y a los gerentes de la empresa que los muros de contención están empezando a deteriorarse, sin embargo los administradores a pesar de conocer este dato y a fin de evitar importantes pérdidas patrimoniales, deciden postergar la reparación para un momento posterior. Los operarios encargados del transporte de esos residuos tóxicos y de almacenarlos en ese embalse, aún percibiendo el deterioro de los muros de protección, siguen depositando allí estos residuos tóxicos. A los pocos días el muro de contención se rompe y se desborda este embalse produciendo un vertido tóxico que afecta gravemente al entorno ecológico y ocasiona graves daños al ecosistema de un Parque Reserva natural protegido.

Un segundo caso es otra empresa dedicada al transporte de viajeros que permite, sugiere o recomienda a sus conductores que realicen una jornada laboral con más horas de las permitidas a fin de obtener mayores beneficios patrimoniales. Uno de esos conductores, a pesar del notable cansancio que acumula y de ser consciente de que está perdiendo reflejos y su capacidad para la conducción, realiza una jornada laboral del triple de horas permitidas, produciéndose un accidente en el que fallecen cuarenta personas.

Y un tercer ejemplo, el accionista mayoritario de una sociedad mercantil informa al administrador de la misma de su voluntad de pagar menos dinero al Fisco. A fin de cumplir la “sugerencia” del propietario, el administrador se dirige al contador requiriéndole que manipule las contabilidades, que las falsee de forma que en el balance final se constaten pérdidas a fin de efectuar un menor pago al Fisco.

En estos tres supuestos nos encontramos ante la lesión o al menos la puesta en peligro, más o menos clara, de una serie de bienes jurídicos penalmente relevantes; nos encontramos ante conductas realizadas en el seno de una persona jurídica y con las que, de una u otra forma se pretende obtener un beneficio. Es decir, podemos determinar el bien jurídico protegido, podemos determinar la conductas típicas realizadas e, incluso, podemos llegar a determinar el resultado que se haya producido, pero ¿podemos determinar quiénes son los responsables?, ¿podemos determinar a quién vamos a atribuir ese resultado producido o la conducta concretamente producida? ¿a la persona jurídica, a los representantes legales de las entidades, a los ejecutores materiales de los hechos? Este es el problema que se plantea en el ámbito de la criminalidad de empresa y del que me han encargado que les hable.

La moderna criminalidad, en la actualidad, se ha revestido de formas muy complejas de actuación, sobre todo porque se produce en contextos organizados entendiéndose por tales tanto los ámbitos que están teñidos *ad integrum* de ilicitud, como pueden ser las organizaciones terroristas, las organizaciones de criminalidad organizada y otras organizaciones criminales, como aquellos otros ámbitos que son adecuados socialmente en la vida económica y financiera, como sociedades mercantiles, asociaciones o cualquier otra manifestación que pudieran revestir las personas jurídicas, y que actúan en el tráfico económico lícito, pero que en un momento determinado y puntual o reiteradamente pueden cometer conductas delictivas. Evidentemente, el problema es que estos supuestos constituyen fenómenos de difícil aprehensión para las figuras tradicionales de autoría y participación que se constituían sobre la base de la intervención de unos pocos sujetos que eran los que realizaban o ejecutaban directamente al menos algunos de los actos de la conducta típica. En la moderna criminalidad estos pocos sujetos se van a convertir en muchos sujetos que configuran una irresponsabilidad organizada en la que ninguno de ellos será conciente de su responsabilidad y de que su acto contribuye directamente o indirectamente a la producción de un resultado típico.

Este problema de configuración de estas estructuras complejas empresariales provoca nuevas necesidades político criminales de respuesta que van esencialmente encaminadas a lograr eficacia para combatir estas sofisticadas formas de criminalidad. Y este anhelo de eficacia y practicidad lleva a un planteamiento jurídico que claramente pone en cuestión las garantías penales tradicionales. La pregunta es evidente, con la modificación de la respuesta penal en estos casos, ¿vamos a conseguir que aquellos que presuntamente hayan realizado

un hecho delictivo respondan por el mismo?, ¿vamos a proponer que efectivamente se pueda imputar a la entidad que ha realizado la conducta el resultado que se haya producido, a pesar de que tradicionalmente se ha defendido el principio de *societas delinquere non potest*? Es cierto que en importantes sectores doctrinales subyace la idea de que este principio debe derogarse, que es necesario conseguir de alguna forma la responsabilidad directa de las personas jurídicas; y no a través de sus representantes o de las personas físicas que forman parte de ellas, sino directa de la propia persona jurídica. Sin embargo, hay que señalar que resulta un reto complicado, al tiempo que peligroso, en el que sus efectos pueden llegar a ser perversos y contrarios a los propios designios de las propuestas realizadas.

A la hora de analizar la posible responsabilidad penal de una persona jurídica tradicionalmente se han señalado una serie de objeciones a la posibilidad de su aplicación, derivadas casi todas ellas de la estructura de la teoría general del delito; corresponde, por tanto, determinar si la atribución de responsabilidad a la persona jurídica realmente cumple los parámetros que se contienen en cada una de las categorías del delito.

En primer lugar si partimos de que el Derecho Penal, tal y como hasta este momento parece entenderse mayoritariamente por los penalistas, sólo puede sancionar comportamientos que sean acciones u omisiones regidas por una voluntad en sentido psicológico, no queda otra opción que **negar que las personas jurídicas gocen de una verdadera capacidad de acción penal**, dado que al ser meros centros de imputación normativa de efectos jurídicos carentes de capacidad de autodeterminarse, no podrían formar aquella voluntad propia que se necesita para realizar conductas penalmente relevantes.

En segundo lugar si negamos lo anterior, y esta es la segunda de las objeciones, es preciso entender que las personas jurídicas **carecen de la capacidad mínima para ser consideradas culpables** por la realización de hechos delictivos dentro de los parámetros actuales del Derecho penal.

La tercera de las objeciones es que, aunque considerásemos que las personas jurídicas actúan mediante la realización de conductas voluntariamente efectuadas por sus representantes, es decir, por las personas físicas que las conforman, tampoco podríamos considerarlas como penalmente responsables dado que ello implicaría una manifiesta **vulneración del principio de personalidad de las penas**, esencial en todo Derecho penal de un sistema democrático.

Y por último, y este es un planteamiento importante porque ha dado lugar a algún tipo de solución, en mi opinión incorrecta, en algunas legislaciones, es necesario constatar que la aplicación de las penas tal como se configura en la actualidad, no va cumplir su función si se la aplicamos a una persona jurídica. No resulta adecuada para motivarlas, ni para retribuir, ni para reeducarlas, de modo que se privaría a las sanciones que se le impongan de cualquier posibilidad de

cumplir con los fines que fundamentan y legitiman su propia existencia y aplicación.

Se han producido diversos intentos legislativos por afrontar y solucionar esta problemática; así, por ejemplo, en España se crea el artículo 129 de Código Penal, que se incluye dentro del Título VI del Libro I denominado “consecuencias accesorias”, e impone a la persona jurídica una serie de sanciones por su responsabilidad directa en la comisión de hechos delictivos consistentes en la clausura del establecimiento, la disolución de la sociedad, la suspensión de actividades, la prohibición del ejercicio del comercio etc. Realmente si analizamos detenidamente estas sanciones, **no son sino consecuencias accesorias que tienen una naturaleza eminentemente administrativa, no una naturaleza penal**; y quizás sea, aunque no es el momento de entrar en ese debate, uno de los aspectos que habría que discutir en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas; es decir, si las personas jurídicas deben o no tener responsabilidad penal, o debemos restringirnos a un ámbito exclusivamente administrativo, civil o mercantil.

Otro intento de solución fue el planteado, recientemente, por el legislador español en la famosa Ley 15/2003 se introduce un segundo párrafo en el artículo 31, relativo a la institución del actuar en lugar de otro del que les hablaré más tarde, en el que se establece que si en la sentencia se ha impuesto pena de multa al autor del delito, es decir, a las personas físicas concretas, será responsable directa y solidariamente de la misma la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó la persona física. Afirma el legislador en la Exposición de Motivos de esta Ley 15/2003 que con ello se aborda la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas por cuanto, al incluirla dentro del art. 31 del Código penal relativo a las personas penalmente responsables, se le da naturaleza de pena. En mi opinión, esta afirmación es muy discutible, es decir, yo creo que sigue teniendo una naturaleza eminentemente administrativa o civil, que poco tiene de pena directa sobre la persona jurídica como respuesta a una actuación delictiva de la misma, más si depende de una previa declaración de responsabilidad a una concreta persona física.

Además de esta serie de objeciones que tradicionalmente se plantean a la hora de imponer o atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, aparecen una serie de reparos que surgen, esencialmente, ante los intentos de la doctrina y los legisladores de distintos países, de establecer un modelo concreto de responsabilidad de la persona jurídica. Por ejemplo, si para la condena de una persona jurídica no fuera estrictamente necesaria la previa declaración de culpabilidad de las personas jurídicas, tal como plantean algunos modelos radicales, probablemente estaríamos abriendo una vía de favorecimiento de la impunidad de administradores, accionistas, gerentes o directivos de las sociedades, que no dejan de ser quienes la controlan, por el simple hecho de la exclusiva sanción de la persona jurídica de la que forman parte. Con ello, se estaría eludiendo la responsabilidad y condena de la persona física en aquellos casos en los que actúe

en nombre de una persona jurídica, mientras que si lo hace al margen de ésta, los mismos hechos podrían llevar aparejada pena privativa de libertad. Este es uno de los principales inconvenientes y objeciones que se le ponen a estos nuevos modelos de responsabilidad.

Es evidente la complejidad para instruir y enjuiciar los complejos casos de criminalidad en el ámbito económico-financiero de la delincuencia, complejidad que en la mayoría de los supuestos queda cifrada en el problema de la determinación de la autoría, en la difuminación de responsabilidades y en el hecho de que la mayor parte de los casos se realizan de forma imprudente o negligente, abandonando claramente el ámbito de la intencionalidad directa de la producción de un resultado lesivo.

Todo ello puede llevarnos a la paradójica consecuencia de que la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica podría llegar a suscitar la impunidad o el escapismo con relación a la responsabilidad de las personas físicas a cambio de una contundente condena, eso sí, sin penas privativas de libertad sobre la sociedad mercantil. Por eso, se hace preciso profundizar en criterios certeros, propios de un Estado social y democrático de Derecho, a la hora de confeccionar una posible responsabilidad de las personas jurídicas, desechando ambiciosas propuestas de pretendida impronta progresista, que en realidad lo único que suponen son apuestas neoliberales, que pueden provocar que quede enraizado un Derecho penal de distintas velocidades, en el que el más veloz sea aquél que imponga menos penas de prisión y más sanciones económicas.

Ahora bien, a pesar de todas las críticas y problemáticas planteadas a la hora de determinar una presunta responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, lo cierto es que importantes sectores doctrinales, e incluso la normativa internacional en este momento, abogan por la necesidad de superar el principio *societas delinquere non potest*, como medio para resolver las dificultades que suscitan en los modernos ámbitos de criminalidad las seculares categorías del concepto de delito. Y ello ha implicado la existencia de una gran variedad de formas de afrontar el problema, que giran en torno a dos bloques centrales.

Por una parte, los países con una tradición jurídica sustentada en el *common law*, en los que se permite fundamentar la responsabilidad penal sobre la base de la simple realización o producción de determinadas conductas peligrosas, como son los casos de responsabilidad sin culpa, no tienen demasiadas dificultades a la hora de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Este es el caso de EEUU, donde se establece que una sociedad puede ser condenada por un delito si la comisión del mismo fue autorizada, solicitada, ordenada o ejecutada por los directivos o por un alto gerente que actúe en representación de la sociedad y dentro de su cargo, previéndose penas de multa e inhabilitación.

Mucho más difícil resulta en aquellos ordenamientos penales, como el español y el chileno, en los que se mantienen los estrictos principios que han regido la dogmática penal desarrollada principalmente por la doctrina alemana, donde la ausencia de capacidad de acción, de culpabilidad y de punibilidad de estas entidades, parecen impedir que puedan cometer delitos, con lo cual tampoco podrían ser responsables de los mismos. Por ello, se han intentado buscar fórmulas que permitiesen atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Sin ánimo de exhaustividad se pueden establecer dos grandes grupos de sistemas tendentes a atribuir este tipo de responsabilidad penal: los de **autorresponsabilidad** y los de **heterorresponsabilidad**.

Los sistemas de **autorresponsabilidad** entienden que las personas jurídicas tienen capacidad de acción, de culpabilidad y de punibilidad propia y diferente de las de las personas físicas que las representan o actúan en su nombre. Ello implica que se les debe considerar como directamente responsables de las infracciones penales que hubiesen cometido.

Por el contrario, los sistemas de **heterorresponsabilidad** consideran que, si bien las personas jurídicas no pueden actuar ni ser consideradas culpables de posibles actuaciones delictivas, sí podrán, bajo determinadas condiciones, ser sujetos de imputación de las responsabilidades penales que se pudiesen derivar de las acciones que hayan realizado sus representantes o subordinados. La variedad de criterios o condiciones utilizados por los sistemas incardinados en este grupo para atribuir responsabilidad a las personas jurídicas por los actos de las físicas es enorme, desde sistemas que trasladan a este ámbito criterios de responsabilidad fundamentados en la figura de la representación, hasta aquellos que pretenden establecer un vínculo más estrecho y concreto entre dicha entidad y el acto de la persona física que va a fundamentar su responsabilidad mediante la exigencia de ciertos requisitos adicionales y específicos del Derecho penal, como el de que el acto delictivo que se pretenda imputar a la persona jurídica se hubiese efectuado en **su beneficio**.

El principal problema al que se enfrentan estos sistemas se deriva del hecho de que, a todos los efectos, no dejan de ser sino métodos para atribuir responsabilidad a la persona jurídica por un **hecho ajeno**, el de la persona física; y ello los convierte en sistemas difícilmente compatibles con principios tan básicos como los de culpabilidad o de personalidad de las penas.

Estos problemas han ocasionado que un sector doctrinal trate de configurar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que parta de la propia actuación de éstas. Ello contaría con evidentes ventajas, dado que aparte de considerar a las personas jurídicas como penalmente responsables de un delito con independencia de que se pudiese localizar o no a un individuo que también lo fuese, en caso de que dicha localización fuese factible, también permitirían castigar acumulativamente a ambos sujetos (al individual y al colectivo)

sin infracción alguna del principio de culpabilidad ni del *ne bis in idem*, al dotar a sus respectivas sanciones de un fundamento claramente diferenciado.

En esta línea se encuentran aquellas posiciones doctrinales que parten de una concepción de Derecho penal completamente normativizada y funcionalizada, en las que sus destinatarios se presentan como simples sujetos de una imputación de responsabilidad derivada de la infracción de las expectativas normativas contempladas por el mismo. Desde este planteamiento, JAKOBS entiende que la persona jurídica no sólo puede originar resultados normativamente relevantes en el exterior a través de sus propios actos, sino que también hará factible que se la pueda considerar como culpable de su realización en todos los casos en los que se constate la presencia de una defectuosa motivación jurídica en el comportamiento antijurídico que se le impute. De esta manera, las personas jurídicas gozarían no sólo de capacidad de infringir el ordenamiento jurídico penal, sino también de una verdadera culpabilidad propia y diferenciada de la que les corresponde al resto de los individuos integrantes de sus órganos de representación.

Ahora bien, desde concepciones menos sistémicas o normativizadas, se ha entendido que resulta imposible asimilar los fundamentos de la responsabilidad penal a las personas jurídicas con los que tradicionalmente se han utilizado para las personas físicas al presentar significativas diferencias. Por ello, otro sector de la doctrina propone **reinterpretar algunos postulados tradicionales** de la teoría del delito, a fin de construir un modelo de responsabilidad penal propio de la persona jurídica.

Así, por ejemplo, TIEDEMANN, entiende que aunque la conducta de la persona jurídica siempre se manifestaría a través de la de una persona física, ello no sería óbice para poder considerar la sanción de dicha entidad como una consecuencia derivada de su propia culpabilidad, cuyo fundamento sería la presencia en su seno de un defecto organizativo que hubiese venido a favorecer la comisión de un delito; sería por consiguiente una especie de *culpa in vigilando o in eligendo*, por cuanto no habría adoptado las medidas de prevención necesarias para garantizar un correcto desarrollo de la actividad de su organización. Con ello, la culpabilidad de la persona jurídica sería, incluso anterior, a la concreta acción delictiva de la persona física inserta en su organización. Esta interpretación ha encontrado predicamento en un amplio sector doctrinal, e incluso en alguna normativa europea que tienden a armonizar el tratamiento penal de la persona jurídica en Europa, aunque también ha sido objeto de significativas e importantes críticas, sobre todo la que parte de que aunque esta construcción aparenta fundamentar la pena de las personas jurídicas en un reproche que se predica directamente respecto de ellas, parece olvidar que estas entidades no gozan de una capacidad propia de autoorganización, con lo que nuevamente se está haciendo responder a la persona jurídica de las acciones de aquellas otras personas físicas que hubiesen establecido la concreta organización empresarial, y, consecuentemente, se está estableciendo otra vez una responsabilidad por el acto ajeno.

Con los planteamientos señalados se tiende a la inaplicación del principio de culpabilidad en el seno del Derecho penal de las personas jurídicas, lo que llevaría a que este “Derecho penal” tuviese una naturaleza jurídica mucho más cercana a la administrativa sancionadora que a la propiamente penal, de tal forma que, como advertía GARCIA ARAN, no podría considerarse “...un Derecho penal distinto del de las personas físicas, sino algo distinto del Derecho penal”.

Todo lo dicho hasta el momento pone de relieve que, todo Derecho sancionador de la persona jurídica que pretenda ser considerado como un verdadero Derecho penal de la misma habrá de respetar las exigencias limitadoras que rigen con carácter general en tal Derecho, y obviamente entre ellos se encuentra el principio de culpabilidad. De este modo, no se podrá admitir una sanción a este tipo de entidades sin haber constatado previamente la presencia de reproche subjetivo.

Como podemos ver, la mayor parte de los modelos de responsabilidad de las personas jurídicas, hacen radicar el fundamento de su responsabilidad en una especie de infracción del deber, ya sea éste de vigilar o controlar, ya sea de constituir u organizar; y en mi opinión esta infracción del deber previa y originaria no constituye fundamento suficiente para sustentar una responsabilidad de la persona jurídica. He de reconocer que no tengo nada claro cómo puede estructurarse una responsabilidad penal de la persona jurídica respetuosa con los principios y garantías fundamentados del Derecho penal, ni siquiera tengo claro si la responsabilidad de la persona jurídica debiera encontrarse en el ámbito penal o en otro ámbito jurídico distinto.

A pesar de todos estos intentos por delimitar un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica en sí misma considerada, lo cierto es que éste está todavía por desarrollarse y concretarse, y que las legislaciones de los distintos países han intentado su implantación de diferentes maneras. En la legislación chilena y la española sigue plenamente vigente el principio del *societas delinquere non potest*, con lo cual el problema radica en atribuir responsabilidad por las conductas delictivas realizadas por las mismas, dado que no se les puede imputar a ellas directamente. De este modo el problema central del tratamiento jurídico penal de la criminalidad de empresa sigue siendo el de la imputación del hecho delictivo a sujetos individuales, aquellos que realizan la concreta conducta típica al amparo de una entidad mercantil. Ello requiere una serie de estructuras de imputación que, por un lado, sean aptas para la atribución del hecho a los verdaderos responsables de éste, por encima de las apariencias expresadas en la ejecución material del mismo; por otro lado, deben evitar establecer formas de responsabilidad objetiva, a fin de mostrarse conformes con las exigencias garantísticas del Derecho penal.

El problema de la imputación de un delito cometido en la empresa a órganos concretos de la misma se plantea ya en la comisión de cualquier delito

común, con independencia de la concurrencia de características especiales de autoría en el delito correspondiente. La cuestión de la responsabilidad penal de los sujetos individuales en el marco de la empresa muestra innegables similitudes con el ámbito problemático más general de la responsabilidad criminal en el seno de conjuntos organizados de personas y estructurados de manera más o menos jerárquica.

Es evidente que en el caso de la empresa nos hallamos ante una estructura organizada; se trata de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división del trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía. De este modo, se forman ámbitos de competencia diferenciada que abarcan, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva, la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí sólo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo, no es siempre la más relevante; ciertamente, más importante que el papel de estos sujetos, es el de quienes están situados jerárquicamente por encima de ellos, en grados ascendentes, hasta alcanzar el nivel de quienes detentan el control máximo de la empresa. El problema radica en que, cuando interviene un operador jurídico para tratar de delimitar la responsabilidad por una actuación en concreto, automáticamente acude a los escalones más bajos de esta cadena, a quienes han ejecutado los actos finales de producción del resultado delictivo y que resultan fácilmente identificables, pero que, normalmente, no son los principales responsables. Retomemos momentáneamente algunos de los casos que les expuse anteriormente: ¿son responsables del vertido de la balsa los operarios que vertían los residuos tóxicos que produjeron al final, que ésta reventase? ¿es responsable de la falsedad de la contabilidad el contador que manipula realmente esa contabilidad para obtener la defraudación al fisco? quizás sí sean responsables, pero la pregunta es, ¿son los únicos y principales responsables?

De este modo, y partiendo de la irresponsabilidad institucional de las personas jurídicas, se derivan dos cuestiones básicas en el ámbito de la responsabilidad de las mismas: quién responde en el supuesto de comisión de un hecho delictivo en una entidad de este tipo, y cuáles son los criterios de imputación de las conductas realizadas en un estructura jerarquizada como la de la empresa.

Respecto de la primera de las cuestiones, la legislación chilena establece en el art. 58 del Código Procesal Penal que en el supuesto de una persona jurídica responderán las personas físicas que hubieran intervenido en el acto punible, con ello acuden a un criterio general de atribución de responsabilidad conforme a las reglas generales de la autoría y participación. En el Código penal español, se establece un sistema que da lugar a numerosos equívocos que podrían implicar la reinstauración de la responsabilidad objetiva. El art. 31 del Código penal español traslada la responsabilidad de los hechos cometidos por personas jurídicas a los administradores de hecho o de derecho de la misma. La razón de esta descripción

radica en la necesidad de trasladar esta responsabilidad en los casos de delitos especiales en los que las condiciones específicas de la autoría la ostenta la persona jurídica, pero tal como aparece podría implicar una sustitución de las reglas generales de autoría y participación de tal modo que, en el caso de que se produzca un hecho delictivo, se hace automáticamente responsables del mismo a los administradores de hecho y de derecho, independientemente de su intervención o no en el mismo, lo que llevaría a una especie de responsabilidad objetiva. Por ello, de modo previo es necesario señalar que el art. 31 **no establece ninguna regla automática de autoría** para la atribución de responsabilidad en el seno de las personas jurídicas, es decir, no viene a complementar las reglas de autoría generales.

De lo que se trata es de una simple cláusula legal que permite dar cobertura a las imputaciones de personas físicas que actúan en nombre y representación de las jurídicas en los casos en los que la conducta realizada constituya un delito especial. De este modo, el precepto se proyecta sobre tipos penales que tienen acotado *ex lege* la potencial esfera de sujetos activos, recayendo tal condición (esto es, la circunstancia específica para la titularidad activa) en la persona jurídica (por ejemplo, el delito de alzamiento de bienes, donde la condición de deudor recae sobre la entidad mercantil).

En estos casos, lo que permite la cláusula del art. 31 es atribuir responsabilidades a personas físicas que serían consideradas *extraneus* para la comisión del delito, pero que “actúan en nombre” de quien sí reúne tal condición. La razón es evidente, si a la persona jurídica en quien concurre la condición especial para la realización de la conducta típica no puede atribuírsele responsabilidad penal, y las personas físicas que actúan en su nombre no reúnen tal condición, el hecho quedaría impune, respecto de la entidad mercantil por su incapacidad legal para ser responsable de la comisión de un delito, y respecto de la persona física, por la atipicidad de su comportamiento al no concurrir los elementos del tipo objetivo.

A pesar de ello, es necesario señalar que el mencionado artículo 31 supone exclusivamente un puente de tipicidad en el sentido de salvar un obstáculo típico que se presenta en el caso de los delitos especiales, pero que en modo alguno releva de la carga probatoria de la autoría. Es decir, para poder atribuir responsabilidad penal *ex artículo 31* a quienes actúan en nombre de una persona jurídica, es necesario constatar previamente la prueba de la autoría de la persona física y, por tanto, la concreta demostración del ejercicio del dominio social del hecho, individual o compartido, siguiendo las reglas generales de atribución de responsabilidad penal. Otro planteamiento sería retornar a supuestos de responsabilidad objetiva.

Al margen de lo dicho hasta el momento, lo cierto es que en el caso del art. 31, y una vez demostrada la autoría de la concreta persona física, se hace necesario justificar por qué razón se le hace responsable de un hecho respecto del que no

posee las características necesarias, pero que le son transferidas por otro en virtud del vínculo representativo que le vincula con él. Desde el prisma del principio de culpabilidad y de la responsabilidad individual, se hace preciso fundamentar la responsabilidad del representante en elementos que realmente concurren en él y no meras presunciones genéricas.

A las personas físicas que actúan en nombre y representación de las jurídicas se les confía positivamente la facultad de actuar-gestionar, administrar, etc., pero negativamente se les impone el deber de respeto a los bienes jurídicos que se la han confiado; es decir, asumen respecto de estos bienes jurídicos una posición de dominio y un deber de garantía. De este modo, su responsabilidad resulta **única y exclusivamente** de fundamentos concurrentes material y personalmente en él mismo, esto es, ***asunción personal de la posición de garante y asunción de una función de dominio.***

Así, la integración de otros sujetos distintos del formalmente idóneo en el círculo de autores de los tipos especiales sólo puede justificarse a partir de la demostración de que la conducta de aquéllos es ***materialmente idéntica*** a la de los sujetos expresamente descritos en el tipo especial. Y para constatar esto no puede haber otro camino que descubrir el fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales a determinadas categorías de sujetos y comprobar si ese mismo fundamento existe cuando el hecho es realizado por un sujeto que no ocupa la posición formal de la que el legislador se ha servido para acotar el círculo de autores del delito.

A fin de no extenderme demasiado, considero que el fundamento material de los elementos de la autoría en los delitos especiales radica en el ejercicio de una función específica, determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial para el ejercicio de aquella función; relación que constituye una relación de *dominio social típico*, que constituye, además, el fundamento material de las posiciones de garante y del deber de actuar. En esta línea, el ejercicio del dominio social típico y la asunción de la posición de garante respecto de determinados bienes jurídicos, constituyen los elementos que fundamentan la limitación de la autoría a determinadas clases de sujetos.

Es aquí precisamente donde se justifica la imputación de la responsabilidad a los administradores de la entidad, dado que si los administradores de una persona jurídica son aquellos que tienen, normativa o fácticamente, el ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se involucra el bien jurídico penalmente protegido, evidentemente en ellos concurre la posición de garante y la asunción de la función de dominio a las que me he referido, al gozar del espectro de posibilidades de acción/vulneración de ese bien jurídico. Esto es, quien domina la organización, domina el resultado o asume el deber de impedirlo.

Al margen del análisis de la institución del *actuar en lugar de otro*, y del fundamento del traslado de la mencionada responsabilidad hacia personas físicas concretas, tanto para argumentar la imputación de responsabilidad penal en el caso de los delitos especiales (y consecuentemente, ex art. 31) como para el resto de los delitos cometidos en el seno de una persona jurídica, se hace necesario, por último, determinar los criterios de imputación de las conductas en las estructuras empresariales, esto es, determinar al responsable individual acudiendo para ello a las reglas generales de autoría y participación. Se trataría de delimitar la forma de atribuir responsabilidad a cada uno de los intervinientes en el hecho, y en calidad de qué. No voy a entrar en analizar los criterios de atribución de responsabilidad que será el tema del que hable a continuación del Profesor Hector Hernández, y por la escasez de tiempo, me limitaré a exponerles qué categorías de autoría y participación podrían ser aplicables en estos casos.

Cuando nos enfrentamos a la atribución de una concreta responsabilidad por un hecho delictivo en el que existen varias conductas concurrentes en la realización de un resultado típico, entiendo que la primera figura a analizar sería la de la **coautoría**. La coautoría ha sido definida tradicionalmente como la ejecución conjunta del hecho delictivo por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente, exigiéndose dos requisitos para que pueda apreciarse: un acuerdo de voluntades y la intervención de todos los autores en la ejecución del delito, entendiéndose ejecución del delito como realización de los actos ejecutivos del mismo. Obviamente si tratamos de aplicar este planteamiento a los supuestos expuestos al principio resultaría imposible hacer responder más allá de los últimos escalones de la pirámide de la entidad mercantil, porque el administrador, el propietario, el accionista no han realizado ninguno de los actos ejecutivos del vertido tóxico, de la conducción del autobús o del falseamiento de la contabilidad.

Resulta evidente que esta concepción clásica quiebra en el ámbito de la criminalidad económica, donde intervienen organizaciones jerarquizadas de personas, y en las que el reparto de papeles, el carácter jerárquico y las distintas funciones y competencias que hay dentro del organigrama de la organización concreta, condiciona que sean unos los que tomen las decisiones, ya sea de modo externo o mediante órdenes internas, y otros los que las ejecuten. Lo que sí es cierto es que sería absurdo mantener que el superior jerárquico, el hombre de arriba, que es quien controla, quien da las órdenes, quien dice cómo cuándo y dónde se realizará el hecho, quien decide no reparar la balsa, quien permite u obliga al conductor a trabajar más horas de la debidas, que es el que da la orden de falsear, de repente no responda de nada, o todo lo más como inductor, y el que responda sea el subordinado por ser quien efectúa materialmente la conducta típica descrita. Para evitar esta situación considero que no es necesario cambiar las estructuras tradicionales, sino que sería suficiente con reinterpretarlas.

Así, considero que dentro de la coautoría debe distinguirse entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría intelectual, que implica que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución del

delito. Para evitar esta paradójica situación es necesario **renunciar al concepto estricto de coejecución** como requisito fundamental de la coautoría y sustituirlo por el de la **realización conjunta basada en el dominio funcional del hecho**, donde lo importante no es ya, o no solamente, la intervención en la ejecución del delito, sino el control o el dominio que uno o varios sujetos tengan sobre la ejecución del delito, de tal forma que no es necesaria ni la presencia física, ni la ejecución material de algún acto de la conducta típica. Así, el dominio funcional del hecho que, en opinión de ROXIN, fundamenta la coautoría, también puede darse en la fase preparatoria cuando configura la ejecución.

Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Es más, aquellos sujetos que, jerárquicamente, se sitúan en los escalones más altos, son quienes ostentan el dominio del hecho y deciden, en último extremo, qué conducta se realiza y cómo se realiza. De ellos dependerá, por tanto, que la conducta delictiva se lleve o no a cabo, aunque, efectivamente, no ejecuten materialmente la misma. La intervención del subordinado ejecutor, dependerá siempre, de las decisiones del superior jerárquico. Así, optando por una consideración de la coautoría basada en el dominio funcional del hecho y en la realización conjunta en los que ya no se exige la presencia efectiva de los coautores en la ejecución material, no habría problemas para afirmar la presencia de responsabilidad por coautoría respecto de aquellos superiores jerárquicos que se limitan a dar instrucciones y a dirigir el hecho ejecutado por otro, evitando así absurdas lagunas de punibilidad. Lagunas que se producirían en todos aquellos casos en que el delito cometido se configure como delito especial. Efectivamente, la restricción del círculo de posibles sujetos activos de estas conductas, entre los que se encuentran generalmente incluidos los superiores jerárquicos pero no los subordinados, implicaría, desde una concepción restrictiva de la coautoría, la imposibilidad de imputar a éstos la conducta realizada. El subordinado no se encuentra en el elenco de sujetos activos señalado en el tipo, y, por consiguiente, no puede responder como autor; y el superior jerárquico no podría ser partícipe de un hecho que carece de autor.

En realidad a esta interpretación de la coautoría, ya se está refiriendo el art. 28 del Código penal español en su apartado 1º al tomar como referencia de la actuación conjunta, no ya la acción de ejecutar, sino la de realizar el hecho. Así, la ubicación de los casos de dominio funcional entre los genuinos supuestos de autoría resultaría plenamente justificada en cuanto que también el coautor no ejecutivo ostenta un dominio del hecho.

Distinto sería el caso en los que la conducta del subordinado pudiera incluirse dentro de la **autoría mediata** al haber sido utilizado como mero instrumento, es decir, aquellos casos difícilmente imaginables en el ámbito económico en los que el subordinado no es responsable de la conducta que realiza. Tal como señaló ayer la Profesora Horvitz en su intervención, la autoría mediata se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato

y puede determinarse de triple modo: por aprovechamiento de inimputabilidad del ejecutor inmediato, por la creación de un error, o por el empleo de una presión excluyente de la responsabilidad, esto es, por coacción.

Es necesario reconocer que este dominio de la voluntad, característico de la autoría mediata, difícilmente encaja en el ámbito de la criminalidad empresarial y de la delimitación de la responsabilidad penal en la empresa, dado que resulta muy difícil imaginar un supuesto en que el subordinado actúa por coacción o es inimputable, o incluso, bajo error. Si puede constatarse, no existe problema alguno en apreciar autoría mediata. Ahora bien, el propio Profesor Roxin, creador de la teoría del instrumento doloso no cualificado para poder aplicar la institución de la autoría mediata en algunos supuestos especialmente conflictivos que no encajaban en la concepción tradicional, reconoce, en un artículo publicado en la Revista del Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile, N° 7, 2007, la dificultad, si no la imposibilidad, de aplicar esta construcción de la autoría mediata y consecuentemente del instrumento doloso no cualificado en el ámbito de las estructuras empresariales, porque no se dan las condiciones y requisitos necesarios para ello.

En resumen, con base en todo lo expuesto, procede efectuar una división elemental entre, por una parte la responsabilidad del ejecutor material o inmediato del hecho, situado en los escalones más bajos de la jerarquía de la organización y, por otra parte, la cuestión de la responsabilidad de quienes están jerárquicamente situados por encima, en grados ascendentes, hasta alcanzar el nivel de quienes ostentan el control máximo de la organización.

En relación con la responsabilidad del subordinado-ejecutor material, si el delito correspondiente no presenta especiales características de autoría, nunca existirán obstáculos dogmáticos para calificar el comportamiento de los ejecutores materiales del hecho, y se aplicarán las reglas generales de autoría y participación. Así, podrán ser calificados como autores directos, coautores o autores accesorios, en función de la configuración específica de cada caso concreto; o bien, sancionarlos como partícipes del hecho realizado por otro.

Distinto es el caso del superior jerárquico, y con base en los parámetros de autoría que hemos puesto de relieve con anterioridad, habría que diferenciar dos situaciones:

- 1.- supuestos en los que el subordinado-ejecutor no es responsable, en los que no habría inconveniente en apreciar respecto del superior jerárquico que es quien realmente ostenta el dominio del hecho, la concurrencia de la figura de autoría mediata.
- 2.- supuestos en los que el subordinado-ejecutor es plenamente responsable. Se hace necesario dar una solución a estos supuestos en los que el autor inmediato actúa responsablemente, siendo, consecuentemente, su comportamiento imputable

a título de autor, pero podría determinar que la única vía para hacer responder al *hombre de atrás* sea la de la participación. Para ello debemos distinguir dos tipos de casos: a.- aquéllos en los que el superior jerárquico es quien decide y elabora el plan, interviene en su ejecución, aunque no realice material ni directamente los actos ejecutivos del hecho delictivo, en los que entiendo que no se debe calificar su actuación exclusivamente como participación en el hecho de otro, sino que partiendo del concepto de coautoría que hemos defendido, sobre la base de un dominio funcional del hecho, el superior debe responder como coautor de la conducta realizada; b.- aquéllos en los que los superiores jerárquicos no impiden que el hecho delictivo se produzca, cuando ocurre en el ámbito de su competencia, y podía y debía haber evitado su producción, lo que podría dar lugar a la aplicación de la estructura de la *comisión por omisión*, siempre y cuando se pueda constatar la existencia de una posición de garante respecto del mismo.

Retomando en este momento los supuestos que exponía al principio de mi intervención, obviamente el superior jerárquico no efectúa directa y materialmente el vertido tóxico que produce el resultado lesivo para el ecosistema, no maneja el autobús en el que mueren 40 personas, ni falsea materialmente los datos que constan en la contabilidad para defraudar al Fisco, sino que es el subordinado el que realiza, en muchos de ellos de forma imprudente, la conducta ejecutiva. Sin embargo, resulta igual de obvio que es el superior-jerárquico quien ostenta el dominio del hecho, el dominio funcional social, el dominio de la organización o como quiera denominarse el control que le compete; es él quien decide retrasar la reparación del embalse que acabará por ocasionar el vertido tóxico, quien permite (e incluso obliga) al conductor del autobús al exceso de horas de trabajo, y quien ordena la manipulación de la contabilidad a fin de defraudar al Fisco. En definitiva, es quien decide lo que se hará y cómo se hará, es el autor intelectual del hecho que posteriormente será ejecutado por otra persona: es decir, **REALIZAN CONJUNTAMENTE el hecho**, y, por tanto, en mi opinión **deberían responder CONJUNTAMENTE del mismo**, dado que ambos comportamientos han contribuido a su producción.

He tratado de exponerles lo más rápido posible la situación general en relación con la problemática de la determinación de la responsabilidad penal en el marco de las empresas, les doy las gracias por su paciencia y si tienen alguna pregunta que realizar quedo a su disposición. Muchas gracias.-

Quisiera responder a alguna de las cuestiones que ha planteado el Profesor Maturana. En relación con la primera de ellas, es decir, si el intento de atribución de responsabilidades en el seno de una empresa no implica una expansión del derecho penal, considero que no y me explico: entiendo que la expansión del Derecho penal es previa a la determinación de la responsabilidad. Es decir, probablemente no deberíamos considerar Derecho penal los delitos contra el

medio ambiente, y aquí soy muy clara entiendo que no deben considerarse incluidos en el ámbito del Derecho penal por diversas razones que no vienen al caso. Pero lo cierto es que están incluidos en el Código Penal configurados como delito, eso es expansión en mi opinión, es decir, extender el Derecho penal a ámbitos que no le son propios. Del mismo modo, quizás nos debiéramos plantear si el delito de obstaculización de los derechos de los socios debiera estar incluido en el Código penal, porque posiblemente el Derecho mercantil sea una opción mucho más adecuada para solucionar el conflicto. Sin embargo, estoy de acuerdo con el Profesor Soto en que el delito de administración desleal sí debe estar incluido en el Código penal. Esa es la discusión de la expansión.

Ahora bien, otra cosa distinta, y que no me parece un problema relativo a la expansión del Derecho penal, es tratar de atribuir responsabilidad a quien domina realmente la realización del resultado típico, y que además no es el último eslabón de la cadena ni quien realiza los actos ejecutivos materiales. ¿Hasta dónde podemos llegar demostrándolo con la reglas de la autoría y de la participación esa producción del resultado típico?; no podemos atribuir directamente una responsabilidad objetiva, pero sí podemos tratar de buscar autores, y fíjense que normalmente la cadena de atribución de responsabilidad siempre se detiene. Le cuento un caso que no tiene nada que ver con la empresa y ni siquiera con la expansión, pero creo que es muy instructivo a efectos de búsqueda de la responsabilidad de los superiores o de los “hombres de atrás”.

No sé si ustedes recuerdan el caso GAL en España, cuando cayó el Gobierno de Felipe González y perdió las elecciones, al descubrirse que el Gobierno realizaba una especie de “terrorismo de Estado” para luchar contra el terrorismo de ETA. A fin de atribuir responsabilidad por las distintas acciones realizadas se empezó a subir en esa cadena, se llegó hasta el Ministro del Interior, que fue juzgado y condenado; se intentó llegar hasta el presidente de Gobierno, aquel famoso, pendiente o presidente, abreviatura del elefante blanco, el señor X, que nunca se logro demostrar. Ustedes como yo estamos convencidos que no sólo Felipe González, sino José María Aznar, Fraga Iribarne, Adolfo Suárez, y absolutamente todos los políticos de los principales partidos sabían lo que estaba pasando con el caso GAL, que se estaba aplicando una “guerra sucia” contra ETA. Eso fue un pacto de Estado, que tuvimos la mala o buena suerte, dado que los españoles hacemos tan bien las cosas, de que nos descubrieran. Estoy convencida de que lo mismo ocurre en Estados Unidos, en Irak, en Israel, lo mismo hacen ustedes, lo que pasa que nosotros lo hacemos mal. El caso es que se descubrió, y como se descubrió había que determinar responsables, y la cadena se detuvo cuando respetando los principios penales, ya no se pudo atribuir la responsabilidad. Por eso le digo que no creo que sea una expansión del Derecho penal, creo que es como se debe de aplicar el Derecho penal para que no responda solamente el último elemento, el eslabón más débil de esa cadena, y que responda quien realmente manda, quien realmente controla la cadena de producción del riesgo, la producción del resultado.

Quisiera responder a la intervención del Profesor Soto sólo para matizar mi planteamiento porque estoy totalmente de acuerdo con él. Solamente quería señalar que la responsabilidad de la persona jurídica es inevitable, que viene, que ya esta recogida en el Convenio de criminalidad de Budapest del 2001, en el artículo 12, creo recordar. Y que se nos plantea con una relajación de las estructuras de imputación que viene a configurar un derecho distinto para las personas jurídicas, con menos requisitos garantísticos, y que, inevitablemente, se va a trasladar a las físicas. El problema será que a las personas jurídicas no se le pueden imponer penas privativas de libertad, con lo que la trascendencia de esa relajación va a ser relativa, pero a las personas físicas se les van a seguir imponiendo esas penas privativas de libertad donde la relajación sí que tiene una importancia enorme.

Respecto de la institución del actuar en lugar de otro, también estoy de acuerdo; es decir, hay una laguna legal ahí, grave. El problema está que España, a pesar de que el artículo sea necesario, es mala la interpretación que se hace de él, derivándolo hacia un supuesto de responsabilidad objetiva que se aplica automáticamente al administrador. Eso es lo que pretendía decir, que esto no es correcto, que es necesario en todos los casos demostrar esa imputación conforme a las reglas generales de autoría.