

SEMINARIO INTERNACIONAL LOS DELITOS IMPRUDENTES EN EL AMBITO EMPRESARIAL

Ponencia del Dr. Percy García Cavero

Problemas de imputación objetiva en estructuras empresariales

El tema por el cual se me ha invitado, o se me ha asignado para hablar, está referido a los problemas de imputación objetiva en estructuras empresariales.

El título de mi conferencia marca ya una primera delimitación que es muy importante tener en cuenta, y es que yo no voy a entrar en temas de tipo subjetivo, es decir, no voy a analizar ni temas de dolo, ni temas de imprudencia o culpa, sino que me voy a dedicar a la tipicidad objetiva de los delitos cometidos en estructuras empresariales. Tampoco quiero entrar en la cuestión de si el tipo objetivo en los delitos dolosos y en los delitos culposos termina siendo el mismo o si tienen ciertas particularidades propias, particularidades ya sea de carácter cualitativo, como podría haberse deducido de la exposición de la profesora Horvitz ayer, cuando trató de estructurar los delitos imprudentes a partir de la infracción del deber de cuidado; o más bien, diferencias de carácter cuantitativas, sobre todo teniendo en consideración la entidad del riesgo, es decir, si la entidad del riesgo en los delitos dolosos tendría que ser mucho mayor que los delitos culposos o no. Esos temas que son muy interesantes, y podrían dar lugar a algún tipo de conferencia e incluso seminario, pero no los voy a tratar. En esta oportunidad, me voy a centrar propiamente en el título de mi conferencia. Pero creo que eso sí requiere un pronunciamiento previo y que va muy de la mano con lo que, hasta ahora, han dicho los expositores que me han precedido en el uso de la palabra.

El punto de partida está en el hecho de que si hablamos de los problemas de la imputación objetiva en estructuras empresariales, es porque necesitamos de la teoría de la imputación objetiva para determinar la responsabilidad penal derivada de actuaciones en las que intervienen diversas personas. La pregunta rezaría entonces: ¿Por qué necesitamos una teoría de la imputación objetiva? A pesar de la crítica que en un primer momento se le hizo a esta teoría y que hoy se intenta revivir en Alemania (dentro de poco vendrá el profesor Kindhäuser por Latinoamérica y el objeto de sus conferencias va a ser precisamente ir contra la teoría de la imputación objetiva), el hecho es que la doctrina y la jurisprudencia penales dan prácticamente por sentado que el análisis sobre la parte objetiva del delito requiere sin duda entrar en el tema de la imputación objetiva. No se trata solamente de constatar datos empíricos abarcados por el sentido de los elementos típicos, sino de valorarlos desde una perspectiva jurídico-penal.

Pero quizá la pregunta que cabría aquí preguntarnos es ¿por qué especialmente la teoría de la imputación objetiva en los delitos cometidos a través de estructuras empresariales? Yo creo que esto tiene que partir de la idea de que nosotros tenemos todavía una cierta percepción del delito de base naturalista, es decir, no la abandonamos. Seguimos, de forma conciente o inconsciente, entendiendo el delito con teorías propias del naturalismo, del causalismo, es decir, yo creo que la pregunta no es hoy por hoy si somos o no causalistas, sino si somos más o menos causalistas, es decir, si tenemos todavía o no una comprensión -al menos en la parte básica del delito- como causalidad.

Cuando me enseñaron Derecho penal en la universidad y, seguramente a muchos de ustedes también, quizás a los más jóvenes no tanto, la explicación del delito partió siempre del típico ejemplo de A mata con una pistola a B. A partir de ese ejemplo, se realiza un trabajo conceptual de mayor abstracción, estableciendo cuáles son los criterios de imputación de responsabilidad penal. Entonces, nosotros tenemos la idea de que el delito fundamentalmente es un delito de autor único, que dolosamente realiza una conducta activa, que causalmente produce un resultado normalmente empíricamente medible y ése es, en principio, el prototipo que nosotros tenemos como delito y, a partir del cual, vamos deduciendo cuáles son los elementos para poder afirmar que una conducta es delictiva. Ahora bien, si utilizamos este modelo y tratamos de aplicarlo al ámbito de la empresa, a lo mucho vamos a llegar simplemente a imputar responsabilidad penal al trabajador, es decir, a aquella persona que se encuentra en el último eslabón de la cadena y que posiblemente sea aquél que recibe un sueldo mínimo vital, es decir, aquél que recibe el sueldo más bajo dentro de la estructura empresarial.

Hay un profesor alemán que se ha dedicado a temas de Derecho penal económico y Derecho penal de la empresa, el Prof. Bottke, que tiene trabajos muy interesantes, además de originales, muy originales. Pero dentro de las cosas que le he tenido oportunidad de leer, una vez le leí algo cuya formulación no era muy dogmática, pero de bastante sentido común y, a veces, el sentido común creo que tiene una fuerza demoledora mucho mayor que las finas construcciones dogmáticas. Bottke decía que de alguna forma los ámbitos de responsabilidad penal tienen que estar en una relación directamente proporcional con el sueldo que tiene cada miembro dentro de la empresa. Esto creo que es muy gráfico, es decir, de alguna forma los ámbitos de responsabilidad que puede tener un trabajador, o el ámbito de responsabilidad que puede tener un mando medio dentro de la estructura empresarial, el ámbito de responsabilidad que tiene que tener un director, tiene que estar evidentemente en relación con lo que ellos ganan.

De alguna forma, esa es la explicación: A mayor responsabilidad, evidentemente mayores beneficios, y esto implicaría que resulta contraintuitivo - por utilizar un elemento que utilizó la Profesora Horvitz ayer, que es el término contraintuitivo- tratar de resolver el problema de una imputación de responsabilidad proveniente de la actividad de una empresa, atribuyendo

responsabilidad al trabajador, porque es aquél que causalmente produjo el resultado. Es cierto que se requiere del ingrediente subjetivo -que no lo quería tratar-, pero incluso pensando en un trabajador que actuó con conocimiento y voluntad, no parece satisfactorio centrar la responsabilidad penal en este miembro de la empresa. Evidentemente, el Derecho penal económico, el Derecho penal en la empresa siente que ese resultado es intolerable, es decir, nosotros tenemos que subir en la imputación, tenemos que ver la forma de ir escalando en la imputación de responsabilidad, para poder llegar a los estratos que se encuentran por encima del trabajador. Pero esta pretensión, por decirlo así, este deseo de cualquier persona que maneje criterios de justicia en la imputación de responsabilidad penal o al menos, criterios de equidad, tiene un gran problema, que ya fue esbozado de alguna forma por la profesora Núñez, cuando hizo mención a la llamada “organizada irresponsabilidad”, es decir, la imposibilidad de encontrar un responsable pleno en la organización empresarial.

En efecto, la empresa se organiza de una manera tal que, prácticamente, lleva a la situación de que nadie termina siendo responsable. Y es lógico, porque si nosotros analizamos la empresa moderna, nos daremos cuenta que muchas de las cosas que la caracterizan son supuestos de desintegración, de los elementos que nuestra clásica comprensión del delito eran constitutivos para poder afirmar la responsabilidad penal. Por un lado, por ejemplo, se aprecia con claridad que hay una escisión muy marcada entre lo que es la propiedad y lo que es la gestión de una empresa, es decir, cuando el fenómeno empresarial se inicia, el empresario no solamente es aquél que constituye una empresa e inicia una actividad, sino que es el que se encarga de administrarla, se encarga de dirigirla. Un empresario que no es un inversionista, sino un empresario que quiere efectivamente hacer empresa. Hoy por hoy, hay un conjunto de propietarios, por decirlo así, de personas que invierten capital en las personas jurídicas, y no tienen la más mínima intención de entrar en la dirección de la persona jurídica, no les interesa, es más, seguramente no son ni siquiera capaces, aunque tuviesen la intención de poder entrar en la administración de la persona jurídica. La cotización en bolsas es el ejemplo más claro de esa posibilidad de ser propietario, sin asumir a la vez gestión. ¿Qué es lo que hace una persona, cuando va a la bolsa de valores y compra unas acciones? Lo único que quiere este señor es comprar las acciones a un precio y, luego de un tiempo, poder venderlas a un precio mucho mayor que justifique su inversión, es decir, que gane mucho más de lo que habría ganado si es que ese dinero lo hubiese depositado en un banco y no evidentemente lo hubiese invertido en valores dentro de una bolsa. Entonces esa figura o esa característica de decisión entre propiedad y gestión determina, evidentemente también, algunos problemas de imputación de responsabilidad, porque quien inicia la actividad de una empresa, es una persona que se queda en el punto de inicio, porque quien la gestiona termina siendo otra persona.

Pero además, entrando propiamente en el ámbito de la gestión, podemos claramente apreciar que ahí también existe una nueva escisión, una nueva diferenciación, porque dentro de la gestión de la persona jurídica hay personas que

se encargan de decidir -que normalmente son los directivos- y otros de ejecutar. Esta división del trabajo no se corresponde con nuestra preconcepción del delito, esto es, del sujeto que toma una pistola y dispara y mata a otra persona, es decir, esa persona que idea, decide y ejecuta. El delito cometido desde la empresa se encuentra claramente separado dentro de la estructura empresarial, porque aquellas personas que se encargan de realizar la gestión de una persona jurídica, se diferencian por un lado entre aquellas personas que deciden y otras personas que ejecutan. Eso evidentemente trae grandes problemas en la atribución de responsabilidad, a lo que hay que agregarle un elemento adicional que es que el flujo de información que existe dentro de la empresa tiene caminos o vías que son selectivas. Esto significa que no todos los que deciden, ni todos los que ejecutan, cuentan con la misma base de información, sino que muchas veces ésta se canaliza en determinados ámbitos y en otros no resulta conveniente que se suministre cierta información. Por eso, aquél que ejecuta, normalmente no tiene por qué saber las razones por las cuales esa decisión se ha tomado y se tiene que ejecutar, porque posiblemente podría llevar algún tema de oposición, o podría afectar el funcionamiento de la persona jurídica. Todas estas características de la persona jurídica, en la empresa contemporánea, llevan efectivamente a la “organizada irresponsabilidad”, porque hay diferencia entre el que inicia la actividad riesgosa y entre los que la administran. Dentro de los que la administran, los que deciden, por otro lado, los que ejecutan y, finalmente, la información se reparte asimétricamente entre todas las personas que participan dentro de la actividad empresarial.

Frente a la situación descrita, lo que se ha tratado de hacer a lo largo de todos los estudios dogmáticos en las últimas décadas en responsabilidad penal en estructuras empresariales, y que se ha podido ver en las exposiciones de los profesores que me han precedido, es tratar de buscar otros mecanismos de imputación a los que yo llamaría “excepcionales”. No porque no sean ordinarios, o porque sean criterios de imputación que sólo en casos muy específicos podrían ser utilizados. Los llamo excepcionales porque, en principio, son distintos al punto de partida original de cómo entendemos el delito, como una acción que causalmente produce un resultado. Entonces, se ha tratado de cubrir los vacíos de punibilidad que genera la “organizada irresponsabilidad” a través, por ejemplo -lo que ya fue explicado con mucho mayor detalle, y en lo que no voy a entrar- de la generación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Precisamente frente a esa “organizada irresponsabilidad” hay que buscar un responsable, y ese responsable sería, en este caso, la persona jurídica.

No voy a entrar en la discusión de cómo fundamentar una culpabilidad de la persona jurídica, que es un tema harto discutido y que, en los últimos tiempos, hay que resaltar que existen muchas teorías que intentan construir un concepto de culpabilidad de las personas jurídicas con relativo éxito. Desde el planteamiento de Heine con la conducción de vida empresarial, pasando por la propia construcción de Lampe de culpabilidad por el carácter como una especie de culpabilidad por el carácter criminológico, por decirlo así, y de la persona jurídica,

o el planteamiento últimamente de un profesor muy joven, el profesor Gómez Jara, que intenta, a través de una lógica constructivista, formar un concepto de culpabilidad. Además de ello, tendría que trabajarse en cuál es el injusto de la persona jurídica. Si es un injusto ajeno que se le imputa a la persona jurídica dentro de la teoría del *alter ego* o teoría de la identificación, es decir, es el órgano o administrador el que realiza el injusto de resultado que se imputa a la persona jurídica. O si podemos determinar un injusto propio de la persona jurídica y que está muy de la mano con lo que ya se expuso respecto a la llamada culpabilidad por un defecto en la organización. Luego habrá que determinar si fue un solo delito y si ese solo delito que se llamaría delito de organización defectuosa, por decirlo así, en la persona jurídica, o si esa organización defectuosa se puede unir a algún tipo de injusto de resultado cometido por el órgano representante de la persona jurídica. Bueno, eso es un tema por discutir, que, en muchos países, nace luego de que el Código Penal reconoce una responsabilidad penal en las personas jurídicas. Precisamente Seelmann, que es un Profesor alemán pero que trabaja en Suiza, cuestionando o escribiendo un artículo sobre la reforma que ha existido en el Código Penal suizo para incluir la responsabilidad penal en las personas jurídicas, cita una parte en la exposición de motivos del Código Penal suizo en el que, más o menos, se dice lo siguiente, “al final no es la dogmática la que decide si las personas jurídicas tienen responsabilidad penal o no, sino que es la política la que decide si hay responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Por lo tanto, si el legislador dice: hay responsabilidad penal de las personas jurídicas, hay responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ante esta afirmación, Seelmann señala que ese juego armónico entre política y dogmática se ha perdido, por lo que el Derecho ya no podría controlarse, no se podría predecir y mucho menos enseñar. Entonces, habría que cerrar las Facultades de Derecho. En todo caso, el tema, es un tema que es muy moderno, en que hay que discutir. Coincido plenamente con el profesor Soto, cuando dice que es un tema que vendrá, no sabemos cómo, pero vendrá y hay que estar preparado para ese momento.

Además de este elemento o este criterio excepcional, porque no era lo tradicional imputar responsabilidad penal a personas jurídicas, se han ido desarrollando también otras formas de generar responsabilidad penal ante esa situación de “organizada irresponsabilidad”. Uno de esos argumentos, desarrollado sobre todo en el ámbito legislativo, ha sido la técnica de los delitos de peligro abstracto. En mi opinión, porque en los delitos de peligro abstracto hay que tratar de sancionar determinadas conductas en las que no se exige la producción de un resultado lesivo. Por lo tanto, no se hace responsable al trabajador que produce el resultado, sino más bien a aquellas personas que han participado en una etapa previa. Para explicarlo de manera mucho más clara, dentro de los delitos de peligro abstracto, los llamados delitos de acumulación, peligro abstracto concreto, delitos de emprendimiento, hay unos delitos muy interesantes que se clasifican dentro de los delitos de peligro abstracto, que son los llamados delitos de preparación. Se trata de supuestos en los que se rompe de manera excepcional la regla de que los actos preparatorios son impunes y, por determinadas características de cierto tipo de conducta, sobre todo por su

equivocidad o por el carácter social del bien jurídico protegido, se precede a criminalizarlo.

Si esto se lleva al ámbito de la empresa, en estos casos no se sanciona la ejecución del trabajador que finalmente produce el resultado, sino más bien se criminalizan ya los actos de decisión previos. Se trata de incluir en el Código Penal determinados tipos penales de delito de peligro abstracto que permitan castigar actos de preparación que se realizan sobre todo en la faceta de decisión, es decir, en el ámbito todavía manejado por los directivos. Creo que el ejemplo más claro de esto, son los llamados delitos de fraude contable, es decir, los delitos con el uso abusivo de la contabilidad. Cuando el Código Penal sanciona aquellas personas o aquellos miembros de una persona jurídica que falsean balances, es evidente que con ese falseamiento de un balance todavía no se ha producido ningún perjuicio patrimonial, pero es evidente también que si uno está alterando los balances, es para que en el futuro se pueda cometer algún tipo de defraudación patrimonial, sea ante el fisco, sea ante un órgano fiscalizador, sea ante terceros interesados, sea ante sus accionistas, sea ante potenciales personas que quieran realizar algún tipo de contrato con la persona jurídica. Con lo cual de alguna forma se dice: no esperemos la ejecución de una acción que causalmente produce un resultado, sino ya en la etapa de preparación, establezcamos tipos penales que nos permitan criminalizar estas conductas, y por lo tanto sancionar conductas que puede identificar el propio legislador.

Yo no soy enemigo de los delitos de peligro abstracto, es más, creo que resultan necesarios en determinadas circunstancias, pero lo que sí me parece incoherente es plantear una visión del delito con base en esta lógica de la lesión de un bien jurídico y, sobre todo, en la lógica del principio de lesividad u ofensividad, y después decir que existen delitos de peligro abstracto que pueden alcanzar niveles de legitimidad. Hay una argumentación más nominal que material, manejada sobre todo en la doctrina española. Lo que se trata de hacer es tratar de legitimar los delitos de peligro abstracto diciendo que no son delitos de peligro abstracto, sino delitos de lesión respecto de bienes jurídicos individuales, es decir, que se genera un bien jurídico protegido al que se llama: correcta información social de la persona jurídica, y eso es efectivamente lo que se lesiona. Se pueden ir generando bienes jurídicos protegidos que suenen más o menos bonitos, y con eso se legitiman delitos de peligro abstracto que, en principio de la lógica tradicional, no estarían justificados. Por lo cual yo tengo mis serios reparos en tratar de fundamentar los delitos de peligro abstracto desde una lógica causalista del delito, entendido esto como la lesión de un bien jurídico.

Pero además se trata de acudir a la figura de la comisión por omisión, como se ha podido ver en las exposiciones tanto de la profesora Núñez como del profesor Hernández. Se ha tratado de sustentar la llamada responsabilidad penal a través de una posición de garante, porque en la comisión por omisión se posiciona como garante al empresario. Es completamente cierto y suscribo todo lo que ha dicho el profesor Hernández, que esto cuenta con un respaldo, no solamente

doctrinal, sino jurisprudencial en muchos países y se ha imputado responsabilidad penal precisamente en la comisión por omisión respecto de los directivos a los que se les otorga una posición de garante. El problema que a mí se me presenta es esta lógica de la comisión por omisión, además de toda la discusión sobre el fundamento que no es una discusión puramente teórica, sino que tiene efectos prácticos muy importantes que permiten afirmar en algunos casos la posición de garante y en otros casos no. Lo que sí creo yo, es que esta idea que es muy antigua y que incluso, fíjense con la precisa acotación que ha hecho el profesor Hernández, sobre cómo el legislador chileno ya a fines del siglo XIX podía ir pensando en la lógica de una responsabilidad en posición de garante de aquellas personas que dirigían o que tenían una labor de dirección dentro de los ferrocarriles, yo creo que esto funciona muy bien en empresas que tienen dimensiones reducidas, en las que efectivamente el directivo es aquella persona que tiene un cargo de gobierno que controla toda la actividad empresarial.

Pero cuando hablamos de empresas grandes, cuando hablamos de empresas transnacionales, cuando hablamos de empresas que tienen filiales en distintas zonas del país, a mí me resulta un poco difícil poder sustentar una posición de garante por parte de los directivos. Ojalá esto no suceda en Chile, pero en mi país eso ha sido objeto de determinados problemas en el inicio de procesos penales, porque ha sucedido que, en determinados bancos por ejemplo, se abre el proceso penal por la defraudación que comete un cajero en la ciudad de Pucalpa, que está en la selva del Perú, al gerente general del banco que se encuentra en el décimo octavo piso del edificio de San Isidro en Lima. Un señor que, en principio, nunca ha estado en Pucalpa; y que, en segundo lugar, no conoce ni siquiera quién es la persona del cajero que ha hecho algún tipo de sustracción con algunos de los fondos de un trabajador o de los clientes. Yo creo que afirmar la posición de garante puede llevar a una simplificación de la imputación de responsabilidad que resulte inadecuado para el caso de organizaciones complejas, de organizaciones en las que una persona no puede asumir una posición de garante de los riesgos que se pueden producir o que pueden generarse de una actividad empresarial.

Por otra parte, se ha tratado de potenciar al máximo la teoría de la participación, y esto está muy de la mano con lo que ha dicho la doctora Núñez, es decir, se ha tratado de buscar mecanismos de imputación que vayan más allá de aquel autor directo y en el ámbito de responsabilidades de carácter vertical, se ha hecho mención a la posibilidad de utilizar, en el ámbito de la empresa, la famosa teoría de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder, eliminando uno de los requisitos que Roxin establecía para que pueda aplicarse esa teoría, que era, precisamente, que el aparato organizado de poder se encontrara al margen del derecho. En diversas jurisprudencias alemanas se ha hecho mención, aunque no aplicándolo al caso, a la posibilidad de utilizar también estas teorías en el ámbito de la empresa. Esto ha dado pie a que muchas personas intenten fundamentar una responsabilidad penal que no quede en el ejecutor directo, en el autor directo, que permita imputar responsabilidad a aquellas personas que se

encuentran en la cúpula dirigenal de la empresa, utilizando fundamentalmente los dos criterios restantes, es decir, el dominio a través de la cúpula del aparato organizado y la fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores, en este caso, los trabajadores de una empresa.

Como puede verse, son varios los mecanismos que se han tratado de hacer o de utilizar para conseguir evitar esa “organizada irresponsabilidad”, es decir, no quedarnos en el trabajador y subir en la imputación. Así, tenemos que ir subiendo, tenemos que escalar en la imputación, tenemos que encontrar un mecanismo para ello, hay que hacer responsable a la persona jurídica, hay que buscar delitos de peligro abstracto que nos permitan castigar decisiones ya en el ámbito previo, preparatorio, hay que establecer posiciones de garante, dentro de la empresa, que nos permita imputar responsabilidad penal a aquellas personas que tienen una cierta situación de dominio en la organización de la empresa y, finalmente, hay que extender al máximo la coautoría, la autoría mediata, la conducción o la inducción, etc., etc., para poder ir ampliando al máximo el árbol sobre el cual vamos a construir la imputación de responsabilidad cuando el delito se comete en el ámbito de la empresa.

Yo creo que son intentos loables, interesantes y eficaces en determinadas circunstancias, pues se ha conseguido efectivamente sancionar a quien el sentido común nos dice hay que sancionar. Pero yo creo que el tema se simplifica de manera mucho mayor si es que dejamos de lado la visión clásica que nos enseñaron en la primera clase de Derecho Penal. Si nos olvidamos de ese dibujo de una persona que tiene una pistola o que, a través de una flecha termina matando a otra. Si nos olvidamos de ese ejemplo típico de aquel autor único que, dolosamente, realiza una conducta que causalmente produce un resultado y sustituimos esta visión por una de carácter más bien normativa, que implica cambios sustanciales y, en mi opinión, ofrece soluciones mucho más satisfactorias en el ámbito de imputación de responsabilidad en estructuras empresariales.

Si esto funciona también en otros ámbitos, no lo sé, no lo he estudiado, yo me he dedicado simplemente al ámbito de la empresa y lo que sí puedo decir con absoluto convencimiento es que cada vez estoy más convencido de que este mecanismo es, cuando menos, mucho más útil. Ahora, puede ser que en 10 ó 15 ó 20 años, venga una forma de mucha mayor capacidad resolutoria y con la mayor lealtad científica que debemos tener todos los que nos dedicamos a enseñar Derecho Penal, tendría que decir que lo que ahora propongo ya no es tan útil y habría que sustituirlo por algo que es mucho mejor. Pero, por ahora, esto es lo que más me convence. Este cambio es muy largo de explicarlo en el tiempo que me resta, para eso habría que leer muchas cosas y hablar de muchas cosas. Pero quisiera sintetizarlo.

Yo abandonaré la lógica de ese sujeto individual que realiza una acción que causalmente produce un resultado y lo sustituiré por un concepto de persona en el sentido no de un individuo, sino de una persona. No vamos a entrar en si el

individuo es persona, ese es un tema que prefiero dejarlo entre paréntesis, para otra oportunidad. Lo característico de la persona es que el derecho, el sistema jurídico le reconoce un ámbito de organización, es decir, la persona precisamente está caracterizada por tener un ámbito de organización, el cual libremente puede organizar de la mejor manera, con el sinalagma lógico de un deber negativo de no afectar a terceras personas. Es decir, una persona tiene, por definición, un ámbito propio de administración en la que puede perfectamente incorporar un conjunto de riesgos. Qué sucede con esto, que los riesgos que incorpora, o los riesgos que una persona asume dentro de esa labor de organización le generan a él una competencia por el dominio de esos riesgos frente a terceros. Una competencia por el dominio de esos riesgos, se puede presentar fundamentalmente de dos maneras: por una infracción de deberes de aseguramiento, es decir, los riesgos que se han incorporado en el ámbito organización, deben ser asegurados para que no afecten a terceras personas; o por la infracción de deberes de salvamento, es decir, que si algún riesgo sale del ámbito de organización, el titular tiene que asumir el compromiso de evitar que ese riesgo se materialice en una lesión, a pesar de que se encuentre fuera de mi ámbito organizacional. Los casos más gráficos son los supuestos de ingerencia o los casos en los que un riesgo especial permitido sale de la esfera de la administración, pero una vez que se torna prohibido, existe el deber de salvamento. Por ejemplo, en el ámbito de la empresa, se traduce en la famosa llamada de retirar los productos que se descubren que, si bien lícitamente salieron al mercado porque contaban con un registro sanitario, por posteriores investigaciones y denuncias de consumidores, se descubre que es un producto defectuoso y, por lo tanto, tiene que haber una llamada a retirar el producto, es un deber de salvamento. Fíjense cómo cambia la lógica. No se trata de un sujeto individual, de una persona, de un cuerpo que realiza una conducta que produce un resultado lesivo, sino que se trata de un ámbito de organización en el que existe un conjunto de riesgos de los cuales la persona es competente por su correcta administración, y que el resultado lesivo más que una lesión como modificación del mundo exterior, es la realización de ese riesgo que el sujeto no ha controlado.

Es evidente que me estoy refiriendo solamente a los delitos de dominio y no estoy entrando en la lógica de los delitos de infracción de un deber. Quiero limitarme a los delitos de dominio, quiero manejar la lógica fundamental de lo que son los ámbitos de organización, lo que son las competencias por el dominio del riesgo y cómo se infringen esas competencias a través de la infracción de deberes de aseguramiento o de deberes de salvamento. Ese riesgo que sale de un ámbito organizacional por el incumplimiento de un deber de aseguramiento por un deber de salvamento, es un riesgo que se realiza en un resultado y no necesariamente se vincula a una relación de causalidad. Ya no es una relación de causalidad, una cuestión natural la que determina esa vinculación entre el tratamiento y el resultado, sino más bien un criterio normativo. Para determinar este criterio se han formulado diversas teorías, entre las cuales se destacan el incremento del riesgo, la evitabilidad o el fin de protección a la norma. Este último criterio goza de especial acogida y establece que solamente se pueden atribuir aquellos resultados que forman parte del fin de protección a la norma que prohíbe la

realización de los riesgos que son asumidos por la persona, dentro de su ámbito organizacional.

Si bien lo hasta ahora dicho les puede parecer a lo mejor un poco difuso, esotérico, difícil de entender, creo que ofrece una mejor comprensión de delito y además creo que permite una imputación de responsabilidad en el ámbito de la empresa mucho más útil y con mucha mayor capacidad resolutive.

La empresa realiza una actividad y evidentemente genera riesgos, riesgos permitidos y riesgos prohibidos. Cuando un riesgo prohibido se materializa en un resultado, es evidente que hay que imputar ese riesgo a la organización de la empresa. Ahora bien, como no tenemos todavía una responsabilidad penal de las personas jurídicas, la imputación tiene que hacerse a las distintas personas que forman parte de la estructura empresarial. Para realizar este trabajo de determinación, yo invertiría la forma de trabajo que se ha seguido hasta ahora. Yo no partiría de aquellas personas que causalmente producen resultado, yo no iría directamente al trabajador, sino que haría un trabajo mucho más sencillo, consistente en delimitar, dentro de la estructura empresarial, cuáles son los ámbitos de competencia por el riesgo prohibido. Una vez delimitados los ámbitos de competencia respecto del riesgo que se ha materializado en el resultado, se debe imputar dicho riesgo a quién resulte titular de esos ámbitos de competencia.

Yo creo que éste es un trabajo mucho más sencillo, que permite llegar directamente al directivo o permite llegar directamente al mando medio y, en determinados casos, incluso liberar de responsabilidad al trabajador. Esto lo quisiera tratar de graficar, haciendo un breve análisis de cómo, dentro de la estructura de la empresa, podría ésto tener consecuencias, de qué forma una lógica como ésta puede tener dentro de todos miembros que conformen la estructura empresarial.

Por ejemplo, en el caso Utopía se ve con claridad. Utopía, es el caso del incendio de una discoteca muy famosa en el Perú, donde murieron 29 jóvenes de la clase alta. Esto llevó a toda una movilización. A raíz del caso Utopía se procesó a todos los socios, pero respecto de uno de ellos, se atribuyó responsabilidad, tratando de utilizar la lógica de la posición de garante. Se sostuvo la posición de garante del empresario porque puso dinero aquí y tendría que ser responsable penalmente. Lo que habría que delimitar aquí es cuál es la competencia penal de un socio, es decir, de un socio que no sea administrador.

En primer lugar, habría que considerar la constitución de la propia persona jurídica, si se trata por ejemplo de actividades riesgosas. En estos casos, es lógico que haya que tomar todo un conjunto de medidas de protección en la constitución de la empresa y eso sería, evidentemente, un ámbito de competencia del socio fundador. Luego, ya en la administración de la persona jurídica, por ejemplo en el caso de sociedades anónimas, los socios solamente tienen participación en decisiones de carácter muy general y, sobre todo, inofensivas en

muchos casos, como son las decisiones que se toman en junta general de accionistas, sean las ordinarias o las extraordinarias. Por lo tanto, yo creo que en los delitos que surgen a través de una defectuosa administración de la persona jurídica imputar responsabilidad penal a los socios, es una imputación que no se corresponde con las competencias que éstos tienen o asumen.

En segundo lugar, tendríamos que pasar a los directivos en sus diversos niveles de dirección. Por ejemplo, los que ejercen la administración general o global, que pueden ser los miembros del directorio; aquellos que ejercen la administración ordinaria que son, fundamentalmente, los gerentes; los gerentes departamentales que se pueden generar precisamente por la propia complejidad en la persona jurídica. Estos mandos intermedios no son adecuadamente considerados en los criterios de imputación, pues en estas personas recae el mayor ámbito de responsabilidad en la medida que son los que llevan la gestión. Pero también habría que hacer una diferenciación, es decir, yo por ejemplo no iría directamente al directorio a hacerlo responsable, si es que la infracción o la competencia de la que se deriva el riesgo que se realiza en el resultado es una competencia vinculada a la administración o a la gestión ordinaria.

En el caso Utopía, para seguir con el ejemplo antes citado, el problema por el cual se atribuyó, o más bien la razón por la que murieron 29 personas, fue que en la discoteca había 2 mil personas y no existía ningún sistema de seguridad para el caso de un incendio o para el caso de una catástrofe. El tema es muy triste, porque el incendio comenzó debido a que se contrató un barman para que hiciera espectáculos de fuego, pegándose el fuego en el caucho acústico que estaba cerca de la cabina del *discjockey*. Esto generó una humareda, por la que toda la gente comenzó a salir tropezándose y no había salidas de evacuación señalizadas. Las personas que se encontraban en la zona *vip*, eran personas de familias económicamente acomodadas, quienes no tuvieron mejor idea que refugiarse en los baños, porque era la zona más segura hasta que pasara el fuego. Esas personas no murieron quemadas, murieron todas asfixiadas. Además, hubo muchos heridos. Como estaba dentro de un centro comercial, se comunicó a la administración de dicho centro comercial que había un incendio en la discoteca. Por normas de seguridad los del centro comercial cortaron la electricidad, para evitar que con el uso del agua la gente pudiese morir por electrocución. Esto generó mucho mayor caos entre la gente, que comenzó a golpearse, pues no había señales fosforescentes de salida, en fin. La pregunta es, y el tema que se discutió en mi país es: ¿quién resulta competente por este hecho? ¿Los miembros del directorio o el gerente de la discoteca? Ese es un punto que se comenzó a discutir cuáles son los ámbitos de administración de cada quien.

La pregunta clave es la siguiente: ¿El directorio se reúne para decidir el plan de seguridad de una de las discotecas o es ese un ámbito que queda propiamente en el gerente? ¿Es el gerente quien tiene que llevar ese tema y por lo tanto, los miembros del directorio no tienen que inmiscuirse en temas de administración o de gestión ordinaria? ¿Quién es el que tiene que tramitar la

licencia del Instituto Nacional de Defensa Civil para poder abrir establecimientos abiertos al público? ¿Quién es el competente? Esto es precisamente lo que hay que discutir. No hay que discutir si imputar la responsabilidad al trabajador y de ahí tratar de subir la responsabilidad a ver si llegamos a alguna persona en los niveles superiores, porque lo más seguro es que eso se frustre en un mando medio y no llegue finalmente al directivo.

Yo creo que lo hay que trabajar es delimitar, dentro de la empresa, cuáles son los ámbitos de competencia y, por lo tanto, determinar a qué ámbito de competencia hay que imputar ese riesgo que finalmente ha salido de la empresa y se ha materializado en un resultado lesivo. Ese es el trabajo que hay que hacer, un trabajo normativo, que no parte de causalidad, no parte del conocimiento psicológico. No voy a entrar en el dolo, ni en la mera culpa. Me parece que éste es un mecanismo mucho más óptimo si se quiere determinar adecuadamente la imputación de responsabilidad penal. Un trabajo de determinación de responsabilidad que debe abarcar también a los órganos de control, sea a los consejos de vigilancia u oficinas de control interno. Habría que verse también el ámbito de los mandos medios, lo que es absolutamente obligado dentro de la imputación de las estructuras empresariales. Porque, o pensamos en los directivos, o pensamos en los trabajadores ¿Y los mandos medios? ¿Qué son? Sobre todo en empresas en las que tenemos una estructura muy compleja y tenemos una ancha banda de mandos medios, donde se canalizan todo un conjunto de decisiones generales hasta su efectiva ejecución y en donde se dan todos los procesos de delegación a los que precisamente hizo mención el profesor Hernández, y donde, posiblemente, esté el centro de la imputación. Hay que tener en cuenta que uno de los argumentos de los mandos medios siempre es el siguiente: yo soy un catalizador de las decisiones, a mí me dicen qué hay que decir y otros ejecutan, yo solamente soy un mero nuncio, un transmisor de decisiones y por lo tanto no tengo ningún tipo de responsabilidad. Eso es completamente falso. Todo mando medio tiene siempre un ámbito de decisión discrecional, que va desde una decisión general, hasta la efectiva ejecución de una determinada decisión.

Yo creo que hay que trabajar ese tema con mayor rigurosidad, que es un tema muy olvidado, sobre todo en los libros que he tenido oportunidad de revisar. Siempre se habla de la responsabilidad de los administradores, de responsabilidad de los representantes y de los directivos, etc., etc., pero los mandos medios se encuentran realmente en el limbo de absoluta impunidad. “Yo no soy directivo y no soy trabajador, no tengo competencia en administración y no he realizado causalmente ningún resultado, por lo cual me quedo en una situación de absoluta irresponsabilidad”.

Respecto de la determinación de la competencia penal de los trabajadores, parto de la idea de que son aquellos que menos tienen que responder. Para ello utilizaría aquí las lógicas de prohibición de regreso, del principio de confianza, o como se quiera llamar, algunos dicen que es lo mismo. Yo diría que los trabajadores solamente tienen una competencia vinculada a la ejecución y, por lo

tanto, sólo podría sustentarse su responsabilidad penal cuando la orden que proviene de un superior es manifiestamente antijurídica, es decir, en los casos en los que el sujeto sabe claramente que lo que está realizando es una conducta que va a lesionar bienes jurídicos. Al hablar de “manifiesta” quiero decir objetivamente, no me refiero a los conocimientos especiales que pueden haber tenido por algún tipo de información informal.

He querido hacer esta introducción porque creo que es muy importante para entender cómo veo el tema de la imputación en estructuras empresariales, y cómo voy a intentar resolver el tema de los problemas de imputación objetiva que se pueden presentar en el ámbito de la empresa. Este tema se puede presentar de muchas maneras en el ámbito de la empresa y yo me quedaría aquí muchísimas horas tratando de identificar cuáles son los problemas de imputación objetiva que se pueden presentar en la empresa. Pero yo he querido seleccionar solamente algunos supuestos, unos cuatro o cinco.

Uno de los problemas de imputación objetiva que se ha trabajado sobre todo como un tema de coautoría, pero que creo que tiene mucho que ver con la imputación objetiva, es el tema de las responsabilidades penales por decisiones colegiadas, es decir, cómo se puede imputar objetivamente una responsabilidad penal a las distintas personas que forman parte de un órgano colegiado del cual ha surgido una decisión de carácter antijurídico. Cuando la decisión viene de un directivo, de un órgano unipersonal, la situación es relativamente fácil: si el riesgo que se realiza en el resultado ha salido de su ámbito de competencia, entonces hay que imputárselo a él. ¿Pero qué sucede cuando el órgano colegiado es de quien emana la decisión? ¿Cómo imputamos responsabilidad en estos casos?

Ya excluida está, en el Derecho penal contemporáneo, la posibilidad de hablar de un delito colegial, es decir, de un delito por el cual todos responderían por el solo hecho de formar parte de un órgano colegiado, con independencia a la fórmula que se votó dentro del colegiado. Más bien, tenemos una responsabilidad penal basada en la personalización de la imputación, es decir, en que cada quien responde por el sentido de su decisión dentro del órgano colegiado y eso es precisamente lo que hay que hacer. Es decir, yo respondo, cuando un resultado lesivo se puede reconducir a un riesgo derivado de una decisión de un órgano colegiado. Lo que hay que hacer es tratar de determinar de qué forma o cuál es el aporte que cada uno de los miembros ha realizado, que permita imputarle a esta persona el producto de ese acuerdo.

Para hacer este trabajo de determinación, quisiera dividir la exposición en una responsabilidad colegiada en una estructura horizontal y en una estructura vertical. Hablo de estructura horizontal cuando el delito se configura con la sola decisión antijurídica, es decir, existen determinados delitos de peligro abstracto que adelantan las barreras de punición y que sancionan ámbitos de preparación. Lo que se castiga como delito es ya la sola toma de decisión antijurídica. Por ejemplo, en mi país, en el ámbito de los delitos de libre competencia, los llamados

acuerdos colusorios pueden configurar una responsabilidad penal y en los que el delito se da en función de un acuerdo que tiene lugar entre distintas empresas. O, en el ámbito de los delitos financieros, hay un delito que se presenta en la concentración de créditos, en donde ya la decisión de otorgar un crédito a aquellas personas que se encuentran económicamente vinculadas a la institución financiera por encima de unos porcentajes establecidos en la ley bancaria, configura un delito financiero. Son delitos que se configuran con la toma de una decisión, por eso es horizontal, es decir, no se requiere ninguna ejecución, no se requiere una relación de verticalidad, simplemente queda en el plano de horizontalidad y ¿cuál es la solución a estos casos? Bueno, es relativamente sencilla, la responsabilidad penal recaerá sobre todas aquellas personas que votaron a favor de la decisión antijurídica, con independencia de si el aporte específicamente visto resulta causal o no de ese resultado, porque en este caso estamos viendo el hecho en su globalidad, el hecho en su conjunto y todas las personas de alguna forma terminarían siendo responsables por ello. La causalidad dice poco, por lo que se requiere una lógica de imputación objetiva, con la que se pueda sustentar una vinculación entre el resultado y la decisión del órgano colegiado.

De todas formas, hay personas que han intentado desde la lógica de la causalidad sustentar la responsabilidad de cada miembro del órgano colegiado, como lo hace la profesora Puppe al tratar de fundamentar en estos casos una responsabilidad penal. En el famoso caso del Lederspray, que es un caso ocurrido en Alemania, se presentó precisamente una situación similar en cuanto a la determinación de la responsabilidad penal de los miembros de un colegiado. Eran cuatro miembros de un consejo de administración que votaron a favor de que un producto, que sabían que tenía ciertos problemas de fabricación, siguiese en el mercado. ¿Cuál fue el argumento que utilizó la defensa de cada uno de los miembros de este consejo de administración? Dijeron que su voto, que su aporte no era causal de resultado, porque si se le suprimía mentalmente, quedarían tres votos del resto de los miembros y, por lo tanto, igual la decisión se habría tomado. Cada uno de los administradores alegaba eso y al final teníamos un supuesto de irresponsabilidad completa, a pesar de tener un resultado lesivo. La profesora Puppe, dentro de una lógica de la causalidad, entiende que en esa reconstrucción no se puede partir de la infracción de competencias o de deberes del resto de miembros que conforman el órgano colegiado, sino que la determinación de la causalidad se tiene que tener en consideración, asumiendo que las otras personas habrían actuado conforme a derecho y no en contra de derecho como efectivamente lo hicieron. Es una posición que intenta solucionar este problema de la imputación en la lógica de la causalidad y sobre todo de la *inms* condición que maneja la profesora Puppe para explicar el tema de la causalidad.

Entender la decisión colegiada como una decisión conjunta tiene otro efecto muy importante, que va en contra de lo que ha desarrollado en mi país un joven profesor que se llama Iván Meini y creo que también lo ha desarrollado en España la profesora Pérez Cepeda, que es tratar de determinar la responsabilidad en función de si en la votación, se votó de manera simultánea o, de manera

sucesiva. Se entiende que cuando se vota sucesivamente y ya se tienen 3 votos, el cuarto voto en realidad ya no aportaría absolutamente nada y sería simplemente un resultado sobrecondicionado, pero que en principio el delito ya se habría cometido, se habría configurado con el voto de las 3 primeras personas. Si nosotros vemos el hecho en la globalidad, no interesa si la decisión fue simultánea o si fue sucesiva, porque lo que interesa es la configuración o la conformación común de un hecho delictivo, de una decisión delictiva por parte de los miembros que conforman el órgano colegiado. Los que no votan, o los que no participan o no votan en el órgano colegiado, no tendrán ningún tipo de responsabilidad.

Donde sí se ha discutido, es en el tema de aquellas personas que, participando en el órgano colegiado, se abstienen, es decir, no votan ni a favor ni en contra. Aquí hay dos posiciones muy distintas, aquéllos que entienden que no hay responsabilidad y aquellas personas que creen que sí. Por ejemplo, Pérez Cepeda entiende que sí hay un tipo de responsabilidad. El tema en esta segunda hipótesis sería si esa responsabilidad sería a título de autor o a título de partícipe, sobre todo teniendo en cuenta que el dominio que podría tener la persona que se abstiene, no es un dominio equiparable a aquella persona que vota a favor de una decisión de carácter antijurídico. Es un punto a discutir en la doctrina y yo no pretendo tampoco solucionarlo aquí.

La situación cambia, o al menos se complica, cuando estamos ante una estructura ya no horizontal sino vertical, es decir, en aquellos casos en los que no basta tomar una decisión ilícita o realizar una conducta ilícita, sino que además es necesario para la sanción, que esa decisión se ejecute. En principio se podría decir: no hay ningún problema aquí para atribuir responsabilidad penal a aquellas personas que han votado a favor de esa decisión, de que se ejecute una conducta de carácter delictivo. Pero el problema está fundamentalmente en por qué responden: ¿Responden como coautores, como coautores directos, como coautores mediatos, responden como instigadores, responden como cómplices de los que ejecutan finalmente la decisión? Ese es un punto especial de discusión en el ámbito de la dogmática penal y yo vuelvo nuevamente a mi lógica de competencia. ¿Cuál es la competencia que tiene un subordinado o cuál es la competencia que tiene un trabajador? En los casos en los que la decisión simplemente se ejecuta por parte del subalterno o subordinado, se trata en el fondo de una autoría directa disfrazada, porque el ámbito de organización de los directivos, es un ámbito que incorpora también a los subordinados. Yo creo que en el ámbito de la empresa se presenta de manera constante a través de la incorporación de subordinados, lo cual no significa que el subordinado pierdan su personalidad, eso es muy claro, no se trata de equipararlo a maquinarias, sino simplemente de entender que el trabajo que pueda realizar un subordinado, es un trabajo que se encuentra completamente dominado por parte del sujeto directivo que da las órdenes y la otra persona lo único que hace es ejecutarlo. Se trata de un solo ámbito de organización, a pesar de que en el interior de ello el subordinado pueda tener también un ámbito propio de competencia, sobre todo para los casos que mencionaba de manifiesta ilegalidad de una orden impartida por el superior.

Quisiera entrar en otro punto que también fue referido de forma bastante rápida, también por cuestiones de tiempo, por el profesor Hernández que es el tema de la delegación, sobre todo porque creo que es muy importante para los temas de los mandos medios. Pienso que es fundamental, para el caso de empresas con estructuras complejas en los que existen gerentes y además, los gerentes se reparten en gerente de marketing, gerente comercial o gerente tal, y a su vez el gerente tiene su jefe de planta, jefe de área, etc., etc., es decir, toda una estructura en la que tendríamos que buscar cuáles son las competencias de cada uno de ellos y no simplemente limitar nuestro análisis jurídico-penal o al trabajador o al directivo de la cúpula dirigenal. Hay que trabajar también en los mandos medios y precisamente creo que la delegación es muy importante, porque además de determinar la responsabilidad penal en los mandos medios como delegados, nos permite llegar a los delegantes.

La principal discusión que ha surgido con el tema de la delegación es qué efectos produce la delegación. Es decir: ¿Libera de responsabilidad penal al delegante la delegación o el delegante mantiene una responsabilidad penal plena? Yo creo que ni un extremo ni otro resultan beneficiosos, porque si entendemos que una persona se libera si delega sus funciones, si un delegante al delegar sus funciones se libera de responsabilidad penal, estaríamos favoreciendo la impunidad a través de fórmulas de delegación. Estaríamos fomentando más esa llamada “organizada irresponsabilidad”. Pero, la solución contraria, tampoco es positiva. Es decir, aquella tesis que dice que la delegación no genera ningún efecto exonerativo de responsabilidad, con lo cual uno mantiene plenamente toda la competencia o toda la responsabilidad penal, porque al final nadie delegaría. ¿Para qué voy a delegar a alguien un trabajo si finalmente por todo lo que haga este tipo voy a terminar siendo responsable penalmente? Es evidente que no se puede caer en esta lógica y se tienen que buscar más bien soluciones de carácter intermedio.

Dentro de esa lógica, se ha desarrollado todo ese tema de la competencia residual del delegante. Si bien el delegante ya no tiene una competencia por organización plena de las funciones delegadas, sí mantiene un conjunto de competencias residuales que, si se infringen, puede generar una responsabilidad penal por el dominio del riesgo. Han sido mencionados también sucintamente por el profesor Hernández, en primer lugar el llamado deber de selección, es decir, aquella persona que, con conocimiento, nombra en un puesto determinado a una persona incapaz para poder realizar ese trabajo mantiene la competencia por la falta de capacidad del delegado. El delegante recupera igualmente su competencia por el riesgo que maneja el delegado, en los casos en los que no dota de los medios o suministra la información suficiente para que el delegado pueda realizar adecuadamente sus funciones. El delegante asume igualmente competencia en los casos en los que conoce manifiestamente que el delegado no está en capacidad de poder cumplir adecuadamente con la función delegada o reconoce que se encuentra sobreexigido y es necesario intervenir para evitar que el delegado pueda

materializar algún riesgo que, finalmente, se traduzca en un resultado penalmente relevante.

Además de estos riesgos de competencia residual, que permitirían afirmar una competencia por el dominio, y por lo tanto una autoría en los delitos de dominio, existe una competencia residual que es muy discutible: El deber de control y de vigilancia. En este deber existen posiciones encontradas y yo creo que la posición que en estos casos resulta mucho más adecuada para el propio sentido de la delegación, es entender que estos deberes no son deberes que generen una recuperación de la competencia por el dominio del riesgo, sino que en el caso en el que se infrinjan deberes de control o de vigilancia, esa infracción, por la importancia que tiene en la administración, porque el delegado sigue con el dominio de la administración del riesgo, solamente tendría que generar una responsabilidad penal a título de participación. En el caso del delegante que no cumpla adecuadamente con sus labores de fiscalización o de control del trabajo del delegado, ese incumplimiento tendría que generar una responsabilidad, no a título de autor, como en los casos anteriores, sino a título de partícipe. Porque entiendo que la entidad del dominio que se presenta en los primeros casos es mucho mayor al que se presenta en este último.

Tan es así, que se presenta aquí un problema que fue destacado por la profesora Horvitz el día de ayer, cuando se refería a qué sucede en estos casos; es decir, qué sucede cuando una persona contribuye a la comisión de un delito imprudente. Si asumimos una teoría unitaria de autor, la infracción de un deber de control o de vigilancia tendría que configurar una responsabilidad por autoría, porque no es posible diferenciar entre autor y partícipe. Por el contrario, si asumimos esa tesis diferenciadora, que también admite una autoría y una participación en los delitos culposos o en los delitos imprudentes, habría que determinar si cabe una responsabilidad penal como partícipe en un delito imprudente, por parte del que no cumple con sus deberes de control y vigilancia. Si no me equivoco, por la propia redacción del Código Penal chileno, que en estos casos solamente el incumplimiento doloso de los deberes de control o de vigilancia podrían dar lugar a una participación, porque la participación imprudente no se encuentra penalizada.

Quisiera entrar también en el tema de la responsabilidad por los hechos de otros directivos, brevemente. Nosotros tenemos siempre la idea de que la empresa es un sistema jerárquicamente organizado, pero si analizamos un poco los estudios de la teoría de la organización, nos podemos dar cuenta que la empresa moderna ha abandonado características jerárquicas y más bien ha asumido características heterárquicas. Cada vez existen mayores ámbitos de coordinación, sin que necesariamente exista una relación de jerarquía. Por lo tanto, la responsabilidad penal no se tiene que determinar en estos casos a través de relaciones jerárquicamente organizadas, sino más bien a través de relaciones de coordinación. La pregunta es: ¿Qué sucede con aquella persona que contribuye a la realización de un hecho delictivo, infringiendo su competencia por parte de un órgano con el

que coordina o un directivo con el que coordina? De aquí, siguiendo lo que dice el Profesor Tiedemann en el importante librito parte general del derecho penal económico que ha sido recientemente publicado, el principio que debe guiarnos es el de confianza, con lo cual el otro directivo con el que coordina determinadas actuaciones conjuntas, tiene que partir del principio de confianza. Pero hay que tener presente también que el principio de confianza no es un principio absoluto, sino que admite excepciones. Hay supuestos en los que pierde vigencia el principio de confianza, cuando el sujeto es inimputable, cuando existe un deber de control y vigilancia y, en tercer lugar, y creo es el más importante, cuando resulta manifiesto que la otra parte no va a cumplir adecuadamente con su parte del trabajo. Por lo tanto, un directivo que conozca manifiestamente de forma clara, objetiva, que la otra persona no está cumpliendo con su parte del trabajo, no podrá alegar un principio de confianza, porque precisamente el principio de confianza se ha roto.

Para terminar y de forma muy rápida, quisiera referirme solamente a los asesores, porque en mi país siempre se dice que, el puesto de asesor, es el mejor, porque se cobra bien y nunca se tiene responsabilidad. En el ámbito de la empresa, el asesor es una persona que da asesoramiento ante una determinada cuestión técnica, pero finalmente quien comete el delito es el directivo. El que comete el delito es el gerente, y el asesor, en algunos casos, podría ser incluido como partícipe, pero siempre podrá alegar que está dentro del ejercicio regular de una profesión o que ha actuado dentro de los estándares técnicos de las informaciones que suministra, etc., etc. Entonces, ¿cómo podemos imputarle responsabilidad penal? Son dos los temas que se discuten en el ámbito de la responsabilidad penal de los asesores.

En primer lugar, el efecto que pueda tener sobre aquellas personas a las que va dirigido un informe. Esto es muy importante sobre todo para delitos especiales, en la medida en que el asesor no podría responder, porque no tiene la calidad especial, a pesar de que ha llevado a una situación de error por un informe defectuoso al autor del delito. En ese tema no voy a entrar, porque es un tema que está vinculado a temas de imputación subjetiva y delitos especiales.

Pero sí me quiero referir a un tema que es bastante conocido y que no quería dejar de mencionarlo, que es el caso del aporte que pueda dar un asesor para la futura realización de un hecho delictivo por parte de los directivos de la empresa. Este es un tema que se ha discutido muchísimo a través de las distintas categorías del delito, y se han encontrado fundamentalmente dos planos de discusión. Por un lado, el ámbito de la imputación objetiva vinculado al tema de la prohibición de regreso; y por otro lado, en el ámbito de la antijuricidad como causa de justificación en el llamado ejercicio regular de una profesión. Yo, por una consideración sistemática, creo que la solución del problema tiene que agotarse en una primera categoría antes de pasar a la siguiente categoría. Con esto quiero solucionar el tema antes, es decir, en la imputación objetiva, en el ámbito de la tipicidad objetiva, para utilizar términos tradicionales, en la prohibición de

regreso antes de pasar a la justificación. Dejaría la justificación para aquellos casos que no puedo solucionar con la teoría de la prohibición de regreso. En estos casos, ubicándome en la teoría de la imputación objetiva, lo único que podría decir y que es algo absolutamente admitido, es que en la medida en que el asesor se mueva dentro de su trabajo profesional, es evidente que no tendrá responsabilidad penal, asumiendo este instituto propio de la prohibición de regreso que tiene ya adquirido y un cierto reconocimiento en el ámbito de la imputación objetiva.

Pero hay que tener en claro que esto no significa que cualquier persona que realice una prestación profesional por ese mismo hecho, ya se encuentra liberado de responsabilidad penal. Hay que tener en cuenta que ya en el plano objetivo, una conducta estereotipada, una conducta profesional, pierde su carácter si es que entra en un contexto marcadamente delictivo, cuando se amolda esa prestación profesional a la consecución de un hecho delictivo. Cuando el asesor se mantiene, por el contrario, dentro de su ámbito profesional, cuando da un informe sobre la situación que hay, con sus virtudes y con sus defectos, con sus huecos y con sus vacíos, se mantiene en su marco de actuación permitida. Si luego la persona utiliza esos vacíos para poder defraudar tributos al Estado, es una cuestión que en principio no es de competencia del asesor.

La prestación profesional del asesor de la empresa abandona ese carácter cuando ya no se trata simplemente de dar un informe sobre la situación legal. Por ejemplo, cuando aconseja la forma de realizar un hecho delictivo. Esto, lo tiene muy bien trabajado el profesor Silva en un libro vinculado a los asesores fiscales y donde hace precisamente esta distinción y que, creo, es perfectamente aplicable para todos los ámbitos empresariales.

El único punto que quedaría es la cuestión de qué sucede cuando el asesor sabe que esos conocimientos especiales, que ese aporte que realiza va a ser utilizado delictivamente por parte del cliente o de la persona que requiere el asesoramiento. Las posiciones están muy definidas: con base en el principio de confianza y, asumiendo la posibilidad de que el sujeto pueda modificar la relevancia de lo objetivo, Roxin admite esa posibilidad. Por el contrario, Jakobs se mantiene en una lógica completamente objetiva. Sin embargo, lo matiza para el caso de riesgos especiales y también para vinculaciones de carácter institucional, es decir, para delitos de infracción de deber.

Mi posición es una posición intermedia, es decir, yo creo que en el caso de riesgos que socialmente se perciben como inocuos, el conocimiento especial no tiene que generar ningún tipo de responsabilidad. Solamente en aquellos casos en los que existen prestaciones profesionales que generan riesgos, es decir, que generan riesgos de una utilización delictiva, los conocimientos especiales sí tendrían la posibilidad de fundamentar en esos casos una responsabilidad penal a título de partícipe. Pero esto lo hago con una salvedad, sobre todo en mi país, que cuando el Estado entra a regular administrativamente esos conocimientos

especiales, como lo ha hecho con el tema de lavado de activos, con el tema de defraudación tributaria y financiamiento al terrorismo; cuando el Estado entra a administrar centralizadamente el conocimiento que pueden tener determinados funcionarios, entonces el Estado tiene que cargar con el riesgo de mayor conocimiento. En ese sentido, el que uno tenga un conocimiento más allá del requerido por normas especiales a través de regulaciones administrativas, eso no generará responsabilidades penales.

Hay muchos otros temas de imputación objetiva, que sería interesante discutir, yo espero no haberlos aburrido, espero no haber estado al nivel de los que me han precedido, pero sí cuando menos, estar un par de cabezas más atrás.

Muchísimas gracias.