

# Responsabilidad penal de los mandos medios y criminalidad de empresa

## Criminal liability of the middle managers and corporate crimes

Rafael Hernando Chanjan Documet\*

### Resumen:

La criminalidad de empresa constituye un fenómeno altamente extendido en las sociedades industrializadas modernas. El presente trabajo busca brindar criterios y elementos para evaluar la responsabilidad penal de los mandos medios de una empresa altamente jerarquizada por hechos delictivos que cometen los subordinados y que han sido adoptados y concebidos por los altos directivos de la empresa. Para ello, se analizarán las diversas teorías que se han planteado en la doctrina penal para responsabilizar a los superiores jerárquicos de una organización compleja, tales como la autoría mediata, la coautoría, la inducción y la autoría directa por omisión. La investigación se justifica en la medida en que, en la doctrina y jurisprudencia penal, esta problemática no se ha analizado a profundidad y, de las pocas opiniones que hay al respecto, existen discrepancias sobre su posible solución.

### Palabras clave:

Criminalidad de empresa - Autoría - Responsabilidad penal - Mandos medios

### Abstract:

Corporate crimes have become a highly widespread phenomenon in modern industrialized societies. The aim of this paper is to offer criteria and elements to evaluate criminal liability of middle managers of a highly hierarchical company for criminal acts committed by employees, which have been adopted and conceived by top managers of the company. To this end, different theories that have arisen from the criminal doctrine to penalize managers of a complex organization will be analyzed, as true mediate authorship, co-authorship, induction and authorship in the omission. The research is justified to the extent that, criminal doctrine and jurisprudence, haven't analyzed this issue deeply and, in the few opinions that about it exist, there are discrepancies about its possible solution.

### Keywords:

Corporate crimes - Authorship - Criminal liability - Middle managers

### Sumario:

1. Introducción - 2. Aproximación criminológica a la criminalidad de empresa - 3. La responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por los hechos cometidos por sus subordinados - 4. La responsabilidad penal de los mandos medios por hechos cometidos por sus subordinados - 5. Conclusiones - 6. Bibliografía

\* Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma casa de estudios. Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga (España). Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada (España). Comisionado de la Adjuntía para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo del Perú. Contacto: rchanjan@puccp.pe

## 1. Introducción

Actualmente, las empresas ocupan un papel fundamental en el desarrollo económico de cualquier país. Su enorme crecimiento y la forma en que estas se han venido multiplicando a lo largo de los años han obligado a pensar en la repercusión que estas pueden tener en la esfera del derecho penal.

Es, esta toma de protagonismo de las empresas, lo que ha ocasionado que la intervención de los mandos o directivos de las empresas merezca especial atención para responsabilizar penalmente los daños o perjuicios producidos, puesto que, desde un punto de vista criminológico, son estas personas con poder de decisión y alta o mediana jerarquía en la estructura empresarial quienes aparecen como principales causantes de los riesgos y daños generados.

En efecto, los ejecutores directos o materiales (subordinados) de los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial, en la mayoría de casos, sólo representarán el último eslabón de una larga cadena delictiva que involucra a directivos, gerentes, etc., quienes son los que desde su elevada posición social propician en gran medida estos hechos delictivos.

## 2. Aproximación criminológica a la criminalidad de empresa

La participación activa de trabajadores, gerentes, directores y hasta accionistas ha convertido a las empresas a lo largo del tiempo en un mecanismo de cambio social y económico, pudiendo su hábil desenvolvimiento en la economía como su bancarrota, ocasionar beneficios o pérdidas incalculables en casi todos los estratos económicos de una sociedad.

Las empresas, debido al capital que manejan y la cantidad de personas que emplea se convierten en una fuente de riesgos para un amplio espectro de bienes jurídicos, que varían desde el patrimonio y el correcto funcionamiento del sistema económico hasta la vida o la salud. En cuanto a la gran magnitud y dañosidad social y económica que puede tener la criminalidad que se relaciona con la actividad empresarial a gran escala, se pueden mencionar los casos de Enron en Estados Unidos y Parmalat en Italia. Ambos casos supusieron un duro golpe a las economías de estos países y una afectación directa a gran cantidad de trabajadores que se quedaron sin trabajo al quebrar sus respectivas empresas debido a los malos manejos de los altos directivos. Así, en el caso de Enron, el monto ascendiente a la defraudación fue de cerca de 600 millones de dólares, mientras que en el caso de Parmalat fue de 14 millones de euros, representando este monto el 1% del PBI de Italia en ese momento<sup>1</sup>.

Así, la delincuencia económica que se produce a través de la actividad empresarial produce, en la época contemporánea, importantes daños materiales -además de los daños inmateriales relacionados con la pérdida de confianza en el sistema financiero y económico-. Los daños materiales se relacionan, principalmente, con los daños de naturaleza financiera en las sociedades. Se señala que ningún otro tipo de criminalidad genera tantos daños a las economías nacionales que los delitos económicos. Además de ello, la criminalidad empresarial muchas veces, también, afecta materialmente la vida e integridad de las personas, a través de la contaminación de ecosistemas o en específico afectando la salud de los trabajadores u operarios de las empresas, cuyos empleadores incumplen adoptar las medidas de seguridad e higiene en el trabajo<sup>2</sup>.

1 Luigi Foffani, "Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización", *Revista Penal*. N° 23 (2009): 34-36.

2 Miguel Bajo Fernandez y Silvina Bacigalupo Saggese, *Derecho Penal económico*, (Madrid: Ramon Areces: Madrid, 2010), 24-25.

## 2.1. Sobre la criminalidad de empresa

Las empresas se encuentran dirigidas a la producción de bienes y/o servicios que buscan satisfacer las necesidades de grupos de interés específicos. Esto, con la finalidad a su vez de producir dinero. Es así que, debido a factores como la globalización, productos o servicios que antes encontraban nichos de mercado únicamente en sus ciudades o países de origen, encuentran como mercados tentadores aquellos que cruzan las fronteras de sus países, por lo cual buscan acceder a estos.

Nos acercamos por tanto, a lo que se denomina “criminalidad de empresa”; es decir, aquel fenómeno criminal que consiste en cometer delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa<sup>3</sup>.

Este concepto difiere, por tanto, de lo que se conoce como “criminalidad en la empresa”, el cual tiene un ámbito conceptual más reducido, dado que hace referencia a aquellas acciones delictivas que cometen colaboradores de la empresa en perjuicio de ella, pero sin actuar en su nombre (piénsese en el hurto de un bien de la empresa por parte de un trabajador). Como bien afirma el Prof. Schünemann, este tipo de criminalidad no plantea especiales dificultades dogmático-penales, pues se asemeja mucho a las tradicionales formas de criminalidad<sup>4</sup>.

Actualmente, en las sociedades contemporáneas, la empresa tiene una gran relevancia de cara al Derecho Penal, su impacto en la sociedad es tan grande que es necesario cuestionarse y analizar con detenimiento el contenido de conceptos penales tradicionales tales como la autoría y la participación criminal, dado que la división del trabajo y la delegación de competencias o funciones que se presentan en organizaciones empresariales de carácter jerarquizado se pueden convertir en causas de impunidad por la dificultad que existe para identificar y probar la responsabilidad individual de cada interviniente<sup>5</sup>. En estas circunstancias, se complejiza la labor de imputar a los altos directivos delitos realizados en el seno de la organización y ejecutados por empleados inferiores<sup>6</sup>.

## 3. La responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por los hechos cometidos por sus subordinados

En la doctrina penal, se han formulado diversas teorías que pretenden determinar la forma de sancionar penalmente a los superiores jerárquicos de una estructura empresarial por los delitos cometidos por sus subordinados plenamente responsables. Las teorías que se han planteado para solucionar la problemática que presenta la responsabilidad penal del superior jerárquico en la empresa pueden resumirse, principalmente, en las siguientes: la coautoría, la autoría mediata en virtud de dominio sobre aparatos de poder organizados, la inducción y la comisión por omisión. A continuación, expondremos y analizaremos cada una de estas teorías a fin de tomar postura sobre el particular.

### 3.1. Los superiores jerárquicos como coautores

Un sector de la doctrina penal ha reconocido que es posible que en los casos en los que el ejecutor material (operario) actúa con plena responsabilidad y conocimiento de la naturaleza delictiva de su accionar es posible sancionar al superior jerárquico que dio la directiva respectiva a través de la teoría de la coautoría.

3 Bernd Schunemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc. 2 (1988): 531.

4 Bernd Schunemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal (...)”, 530.

5 Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, (Madrid: Edisofer, 2013), 58-60.

6 Esteban Righi. *Derecho penal económico comparado*, (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991), 253.

Como afirman doctrina y jurisprudencia, la coautoría requiere la presencia de dos requisitos: 1) plan común previo a la ejecución del delito y 2) ejecución del plan mediante la división del trabajo<sup>7</sup>. Así, es como, tradicionalmente, se ha entendido a la coautoría; no obstante este entendimiento, resulta insuficiente e inidóneo para abarcar aquellos casos en los que el superior jerárquico nunca contactó con el operario (ejecutor material) o nunca lo conoció, puesto que entre directivo y subordinado no medió un plan común previo ni hubo una intervención de aquél en la fase de ejecución del delito mediante una división del trabajo<sup>8</sup>.

De esta manera, el Prof. Jakobs, en tanto máximo exponente de esta corriente teórica propone un entendimiento *sui generis* de la coautoría, de tal manera que se pueda abarcar con esta institución dogmática los supuestos a los que hemos hecho referencia. Según Jakobs, existen tres manifestaciones del dominio del hecho como criterio para determinar la autoría de una conducta delictiva: i) el dominio del hecho mediante la realización de la acción ejecutiva (dominio del hecho formal), ii) dominio del hecho a través de la decisión sobre si se realiza el hecho (dominio del hecho material como dominio de la decisión) y iii) el dominio del hecho a través de la configuración del hecho. En esta medida, para este autor la autoría se define como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho<sup>9</sup>.

De esta manera, como se puede observar, Jakobs tiene un entendimiento particular de la coautoría -más amplio que el de la doctrina penal tradicional- lo cual posibilita que se responsabilicen como coautores tanto al superior jerárquico como al ejecutor en las actividades delictivas que se dan en el seno de la empresa. Lo decisivo para Jakobs, no es la intervención en la fase de ejecución del delito, sino el influjo que tiene el superior en la configuración de la acción ejecutiva del subordinado<sup>10</sup>.

Tratando de salvar la aplicación de la coautoría para este tipo de casos problemáticos en donde el ejecutor subordinado es plenamente responsable se encuentra también Gómez-Jara, para quien las críticas que se han formulado desde la doctrina penal a la teoría de la coautoría son infundadas. Gómez-Jara señala que tanto hombre de atrás como hombre de adelante son reconocidos como personas y, por tanto, como iguales; es decir, en el plano normativo penal existe una horizontalidad entre quien dio la orden y quien la ejecutó<sup>11</sup>. A juicio de este autor, antes que jerarquización entre superior y ejecutor, en las empresas organizadas existe una "división de trabajo" entre todos los intervinientes, lo cual muestra una relación más bien de horizontalidad<sup>12</sup>.

De otro lado, Gómez-Jara señala que, en la coautoría, el requisito de la decisión común puede fundamentarse en una decisión personal de ajustarse con el suceso criminal del otro interviniente<sup>13</sup>. En el mismo sentido, Gómez-Jara cuestiona la necesidad de apreciar en la coautoría una ejecución conjunta del hecho, de tal manera que lo único necesario sería que el coautor haya generado una "razón" por la cual la ejecución puede imputársele como su propio trabajo<sup>14</sup>.

### 3.2. Los superiores jerárquicos como autores en virtud de su dominio sobre aparatos de poder organizados

Una teoría de la autoría que se ha empleado en la doctrina y jurisprudencia alemana, española y latinoamericana para responsabilizar al superior jerárquico frente a delitos

7 Raúl E. Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, (Buenos Aires: Ediar, 2002), 785.

8 Carlos Gomez-Jara Diez, "¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por los subordinados? reflexiones preliminares", En: *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI*, (Colex: Madrid, 2006): 200-201.

9 Gunther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Madrid: Marcial Pons, 1997), 749-755.

10 Gunther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 753.

11 Carlos Gomez-Jara Diez, "¿La coautoría como fundamento(...)", 202.

12 Carlos Gomez-Jara Diez, "¿La coautoría como fundamento(...)", 203.

13 Carlos Gomez-Jara Diez, "¿La coautoría como fundamento(...)", 207.

14 Carlos Gomez-Jara Diez, "¿La coautoría como fundamento(...)", 208.

cometidos por subordinados en estructuras complejas organizadas, es la teoría de la "autoría mediata por dominio de aparatos de poder organizados". Esta teoría fue formulada, inicialmente, por el Prof. alemán Claus Roxin para responsabilizar los delitos contra los derechos humanos que cometieron los altos mandos del gobierno alemán nazi<sup>15</sup>.

De esta manera se sostenía que podía haber un autor detrás de otro autor, puesto que el dominio que recaía sobre el autor de atrás era un dominio sobre el aparato de poder que comandaba. En opinión de Roxin, son cuatro las condiciones que se deben presentar para poder afirmar una autoría del hombre de atrás sobre la base de un "dominio de organización" i) poder de mando, ii) la desvinculación del ordenamiento jurídico, iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato y iv) la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor<sup>16</sup>.

Respecto del requisito del "poder de mando", se sostiene que autor mediato solo puede ser aquel que mediante una organización rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes, utilizando esta autoridad para cometer delitos<sup>17</sup>.

En cuanto al elemento de la "desvinculación del ordenamiento jurídico", se señala que el aparato de poder u organización debe actuar en cierta medida al margen del derecho; es decir, debe conducir sus actividades en contra del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Como bien ha apuntado, Roxin, esta desvinculación no debe ser entendida como que la organización en todas sus actividades comete ilícitos, sino que la desvinculación tiene que ver con la comisión de delitos realizados<sup>18</sup>. En esta medida, es posible apreciar una autoría por dominio de organización en aquellas organizaciones que si bien en ciertas actividades se comportan conforme a derecho, también se dedican sistemáticamente a cometer delitos.

Respecto del elemento de fungibilidad del ejecutor inmediato, Roxin señala que los ejecutores materiales deben ser sustituibles, de tal manera que si uno de ellos se abstiene de seguir la orden impartida, los demás ejecutores potenciales están disponibles para cometer dicho delito<sup>19</sup>. El dominio del hecho del hombre de atrás, precisamente, se evidencia de la alta probabilidad de que su orden sea cumplida, sean por cualquiera de los engranajes que componen la organización.

Por último, el requisito de la elevada disponibilidad al hecho del ejecutor ha sido reconocido por el Prof. Roxin como un elemento adicional del dominio de organización (aun cuando en un inicio no lo formuló así). Según Roxin, el ejecutor material del delito está sometido a numerosas influencias específicas de la organización que lo hacen estar más preparado para el hecho que otros potenciales delincuentes y que incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás<sup>20</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, han surdido en la doctrina penal opiniones de autores que proponen trasladar esta teoría de la autoría por dominio de aparatos de poder organizados al ámbito de la criminalidad empresarial, aun cuando el propio Prof. Roxin ha negado tal posibilidad<sup>21</sup>. No obstante, autores como Marín de Espinosa, Silva Sánchez y Schünemann sostienen que no existe impedimento dogmático para aplicar esta clase de autoría al ámbito de la criminalidad de empresa.

En la misma línea, la muy conocida y citada sentencia del Tribunal Supremo Alemán (BGH) de 26 de julio de 1994 (BGHSt 40, 218), que condena como autores mediatos por dominio

15 Claus Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", En: *Revista Penal*. N° 18 (2006): 242.

16 Claus Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", 244-247.

17 Claus Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", 244.

18 Claus Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", 245.

19 Claus Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", 245.

20 Claus Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", 247.

21 Claus Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", 247-248.

de organización a los altos mandos de la antigua República Democrática alemana por la muertes producidas por los soldados que resguardaban el muro de Berlín, señala que esta clase de autoría no sólo es aplicable a delitos que suponen abuso de poder estatal, sino, también, a otros delitos organizados, mafiosamente, o delitos cometidos en el ámbito de la empresa.

Del mismo modo, aunque refiriéndose no sólo a la traslación de esta teoría al ámbito de la criminalidad empresarial, Bustos Ramírez señala que la teoría del “autor detrás del autor” es, perfectamente, aplicable a otros ámbitos de la criminalidad distintos a los, inicialmente, pensados por el Prof. Roxin<sup>22</sup>, por lo que, también, son partidarios de responsabilizar mediante esta teoría a los superiores jerárquicos de una empresa.

Por último, una posición interesante, en este punto, es la formulada por Faraldo Cabana, quien sostiene que sólo se podría aplicar esta teoría del dominio de la organización a empresas que desde su origen tienen un fin y funcionamiento preponderantemente ilícito; es decir, sólo se constituyó a la empresa para dar apariencia de legalidad a una organización criminal. Ello, en la medida que otros tipos de empresas no podrían satisfacer la condición de operar desvinculadas del Derecho<sup>23</sup>.

### 3.3. Los superiores jerárquicos como inductores

Una solución alternativa a la imputación penal a título de autor de los superiores jerárquicos en una empresa es la imputación a título de instigador o inductor. Los partidarios de esta tesis sostienen que no es posible encontrar una conducta de autor en los directivos o gerentes de la empresa por los delitos cometidos por sus subordinados plenamente responsables; no obstante, ello no es obstáculo para que respondan como partícipes del delito, siendo su conducta accesoria a la de los autores del delito<sup>24</sup>.

En lo que respecta a la inducción como modo de participación en el delito, ésta se define por la doctrina más autorizada de la siguiente manera:

*“Inducción es la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico. El inductor se limita a provocar la resolución delictiva, pero no toma parte en el dominio del hecho mismo. De este modo se diferencia la inducción de la coautoría (...)”<sup>25</sup>.*

Es así que algunos autores consideran a los altos mandos y directivos de una estructura jerárquicamente organizada, como el caso de una empresa, como inductores o instigadores de los delitos cometidos por sus subordinados.

En este caso, se suele optar por la inducción como teoría aplicable debido al poder discrecional con el que cuenta el inducido (operario) para ejecutar, materialmente, el delito. En esta lógica, se afirma que el inducido se encuentra en toda su capacidad de decisión, a diferencia de la autoría mediata en el cual el inferior jerárquico es instrumentalizado al intervenir una causal de inimputabilidad como, por ejemplo, un error de tipo o un estado de necesidad exculpante. La voluntad del inducido no se ve mermada de ninguna manera y no cuenta con ningún vicio, por lo tanto este deberá asumir plena responsabilidad en calidad de autor por sus hechos.

22 Juan Bustos Ramírez, citado por Elena B. Marín de Espinosa Ceballos, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad en las estructuras jerárquicamente organizadas*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 71.

23 Patricia Faraldo Cabana, “Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos de poder organizados en la empresa”, En *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, coord. Serrano-Piedecabras Fernández, (Madrid: Colex, 2008), 83-130.

24 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 398; quien reconoce que se trata de una accesoriadad limitada, pues basta con que la conducta del autor sea típica y antijurídica.

25 Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (Granada: Comares, 2002), 739.

En España, comparte esta posición Olmedo Cardenete, quien sostiene que aplicar la figura de los aparatos de poder organizados constituye una ampliación del concepto de autor desmesurada que se presta a efectos sobrecriminalizadores, por lo que considera que estos supuestos complejos deberían tratarse bajo la óptica de la “inducción en cadena”, en donde los altos mandos determinan psicológicamente a los ejecutores (operarios) a través de otros intermediarios<sup>26</sup>.

### 3.4. Los superiores jerárquicos como intervinientes omisivos

Por último, una teoría que ha surgido, modernamente, para dar solución a la problemática de la responsabilidad de los superiores jerárquicos por los hechos delictivos cometidos por sus subordinados es la teoría de la conducta omisiva (comisión por omisión u omisión impropia).

En tanto los delitos omisivos suponen un “no hacer algo determinado”, la situación típica es el elemento que permite saber de qué manera la acción esperada y omitida tendría que haberse producido<sup>27</sup>. La situación típica en los delitos de omisión impropia -en tanto no se encuentra, expresamente, descrita en el tipo- comprende la llamada posición de garante por parte de autor<sup>28</sup>.

En efecto, dado que, en principio, el ordenamiento jurídico sólo impone al ciudadano el deber de omitir comportamientos “activos” (no sustraer cosas ajenas p. ej.) que perturben bienes jurídicos ajenos, en la comisión por omisión hay que demostrar un “fundamento jurídico especial” para, excepcionalmente, responsabilizar a alguien por haber omitido proteger bienes jurídicos ajenos mediante un “hacer algo determinado”. Ese fundamento jurídico especial lo constituye la “posición de garante” que tiene el autor en el caso concreto respecto de la evitación de la puesta en peligro o lesión del bien jurídico (resultado)<sup>29</sup>.

Según los autores que consideran a esta tesis como la de mayor rendimiento en la *praxis* -entre los cuales se encuentran por ejemplo los autores españoles Peñaranda Ramos, Silva Sánchez, Demetrio Crespo y el Prof. Alemán Schünemann- el directivo o gerente superior no responde por un actuar positivo o activo, sino por un “no hacer algo determinado”; es decir, por una omisión (comisión por omisión) de controlar el accionar delictivo de sus subordinados que constituyen fuente de peligro para bienes jurídicos.

Se señala que el mencionado dominio puede dimanar de un dominio fáctico sobre los elementos o procedimientos peligrosos de la empresa (dominio material) o puede proceder de un dominio sobre el propio comportamiento de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa (dominio personal)<sup>30</sup>. En efecto, el empresario no sólo tiene la obligación de no producir riesgos, directamente, contra bienes jurídicos en su actividad económica, sino que también tiene el deber de contener los riesgos que de ella pudieran desprenderse<sup>31</sup>.

De esta manera, los superiores jerárquicos asumen, voluntariamente, una función de control de los hechos con relevancia penal que se susciten en la empresa sea que las fuentes de peligro la constituyan sus subordinados o las maquinarias o instrumentos de la empresa. El empresario, por tanto, adquiere competencia para contener los riesgos de su actividad empresarial que le exige en el caso concreto vigilar y adoptar medidas necesarias para evitar que se vulneren antijurídicamente bienes jurídicos<sup>32</sup>.

26 Miguel Olmedo Cardenete, *La inducción como forma de participación accesorio*, (Madrid: Edersa, 1998), 174.

27 Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (Granada: Comares, 2002), 662.

28 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 317.

29 Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (Granada: Comares, 2002), 668.

30 Carlos Martínez - Bujan Pérez, 501.

31 Enrique Peñaranda Ramos, “Autoría y participación en la empresa”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 11 Mayo (2010): 404.

32 Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, (Madrid: Edisofer, 2013), 86.

Ahora bien, conforme lo reconoce Demetrio Crespo, el señalar que el empresario tiene un deber de garante respecto de los hechos cometidos por sus subordinados, no significa que el empresario va a responder por todos los delitos cometidos por esto, sino sólo por los delitos vinculados al establecimiento; es decir, a los delitos que se enmarcan en el giro del negocio o en las actividades habituales de la empresa<sup>33</sup>. Es decir, el empresario tiene deber de garante sobre las actuaciones de sus subordinados que se producen como consecuencia del negocio, pero no sobre todos los ilícitos que se pueden cometer con ocasión del negocio.

La incriminación no puede recaer sobre el superior por el mero hecho de poseer un cargo formal. No basta con la sola constatación de la infracción de deberes extrapenales para dar por configurado un injusto penal, sino que se tiene que apreciar la posición de garantía en virtud de una posición de dominio con anclaje ontológico. Como señala el profesor Schünemann, la infracción del deber extrapenal puede ser utilizada como *ratio cognoscendi* (indicio) de la infracción del deber de garante, mas no como su *ratio escendi* (razón esencial)<sup>34</sup>. El injusto penal no puede reducirse a la mera infracción formal de determinados deberes extrapenales, sino que debe buscarse su propio fundamento que le otorgue contenido material<sup>35</sup>.

### 3.5. Toma de postura

Desde mi punto de vista, la mayoría de las teorías a las que he hecho referencia en los puntos anteriores son posibles de aplicar para casos concretos de criminalidad de empresa en los que el operario o trabajador interviene conjuntamente con un empresario en sucesos delictivos. Así, las teorías de la inducción, autoría mediata y/o coautoría podrán ser aplicadas según la naturaleza del caso que se presente y según se puedan configurar los requisitos que cada modalidad de imputación requiere. Por ejemplo, es posible que un gerente determine a un trabajador específico para que falsifique ciertos documentos contables, en estos casos probablemente sea factible responsabilizar al gerente como inductor si los medios probatorios así lo permiten.

No obstante lo anterior, la teoría de la coautoría que es sostenida por Jakobs y Gómez-Jara, en casos de ausencia de contacto entre superior jerárquico y operario, parece desnaturalizar el entendimiento consensuado que doctrina y jurisprudencia han esbozado para la coautoría. Desde mi punto de vista, resulta complicado aplicar la coautoría en casos en los que el superior jerárquico ni siquiera sabe quién ejecuta la orden ilícita, en la medida que no estamos ante una relación de horizontalidad, sino ante una relación de jerarquía y subordinación, lo cual imposibilita que exista un acuerdo común y una intervención en fase de ejecución delictiva.

A mi juicio, se tiene que reconocer que, como bien sostiene Silva Sánchez, la teoría de la omisión impropia o comisión por omisión es una de las alternativas que se presentan en la realidad como una de las teorías más factibles y de mayor rendimiento práctico, en la medida en que no requiere que se cuenten con medios probatorios de difícil acceso para sancionar al superior jerárquico. Así, en el caso de la coautoría, resultará complicado poder probar el acuerdo previo puesto que operario y gerente casi nunca querrán delatarse mutuamente. Del mismo modo, en la inducción será difícil contar con elementos que permitan corroborar la vinculación directa y consciente entre superior y subordinado.

Al respecto, cabe señalar que la teoría de la autoría mediata por dominio de organización, a mi juicio, es de muy difícil aplicación en el ámbito empresarial, puesto que en, primer lugar, el requisito de la desvinculación del derecho de la empresas es complicado de afirmar en organizaciones como las empresariales en las que la creación y el giro del negocio está regulado por normativas técnicas extensas. Del mismo modo, será complicado apreciar

33 Eduardo Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, (Madrid: Iustel, 2009): 179-180.

34 Víctor Gómez Martí, *Los delitos especiales*, 203.

35 Eduardo Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal (...)*, 179-180.

una fungibilidad de los ejecutores, en la medida que en la mayoría de casos las actividades empresariales son altamente cualificadas y no son posibles de llevar a cabo por cualquier sujeto. Por último, no se podrá evidenciar una predisposición a la comisión de delitos de los operarios, puesto que la eventual actividad delictiva de éstos se encuentra, formalmente, prohibida y sancionada, y siempre existe el riesgo de que pierdan su empleo por estas acciones<sup>36</sup>.

En todo caso, considero que la teoría de la autoría por dominio de organización podría ser aplicada, excepcionalmente, al ámbito de la empresa siempre que esta haya sido creada exclusivamente o preponderantemente para cometer delitos (empresas fachadas o pantallas).

En cuanto a la alternativa de la inducción, si bien puede solucionar ciertos casos, resulta de difícil aplicación cuando el superior no da una orden concreta ni dirigida a alguien en específico. Del mismo modo, sancionar al superior jerárquico como mero partícipe, genera un efecto político-criminal negativo, puesto que su sanción depende de que se compruebe una actuación antijurídica por parte del ejecutor, si el operario actúa bajo alguna causa de atipicidad o justificación, la sanción del superior jerárquico se hace dogmáticamente inviable, lo cual genera espacios de impunidad. Por otro lado, precisamente, el superior jerárquico es el que aparece como el principal responsable de la comisión del delito, por lo que político-criminalmente sancionarlo de manera atenuada resulta insuficiente<sup>37</sup>.

#### **4. La responsabilidad penal de los mandos medios por hechos cometidos por sus subordinados**

En la doctrina penal, se han formulado diversas teorías para tratar de responsabilizar penalmente a los directivos y, en general, superiores jerárquicos por los hechos delictivos cometidos por sus subordinados (operarios); no obstante, no se ha realizado un estudio específico sobre la responsabilidad de los mandos medios de una empresa jerárquicamente estructurada. Es por ello que, en este acápite, se pretende determinar bajo qué criterios debe responder aquel sujeto que se encuentra entre el alto directivo de una empresa y el operario (ejecutor) que comete materialmente el delito.

A este respecto, creemos que las soluciones que se deben proponer deben partir de la apreciación de las concretas funciones que los mandos medios detentan en una empresa. No se puede resolver esta problemática a partir de la mera constatación de la posición formal que asume determinado gerente en la estructura empresarial, sino del grado de participación, competencia y, a fin de cuentas, dominio que asume el mando medio o gerente en la toma de decisiones en la organización empresarial y el concreto suceso delictivo. No basta, por tanto, que se evidencie la ubicación orgánica del mando medio (entre directivo y operario) para eximirlo o responsabilizarlo penalmente.

En principio, habría que mencionar que el mando medio de la empresa, como gerentes de área por ejemplo, en tanto constituye también un superior jerárquico desde el punto de vista del operario (ejecutor material del delito), podría responder, penalmente, conforme hemos mencionado en el acápite anterior en aplicación de alguna de las teorías descritas precedentemente. El mando medio puede ser tanto inductor, autor mediato, autor por dominio de organización o autor por omisión.

Así, en el caso de las empresas fachada o pantalla, la teoría de la autoría en aparatos de poder organizados podría ser aplicada a los mandos medios, en la medida en que se evidencie en ellos un efectivo poder de mando sobre la parcela de la organización, actividad empresarial

36 Claus Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", En: *Revista Penal*. N° 18 (2006): 247-248.

37 En el mismo sentido, Elena Marín De Espinosa Ceballos, "La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas", en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de Derecho Penal*, coord. Raúl Pariona Arana, (Lima: Lima, 2010), 65.

y personal operativo que le compete (piénsese en la sección de contabilidad general, por ejemplo). Es por ello que Roxin señala que esta teoría permite apreciar una autoría mediata en cadena<sup>38</sup>.

Del mismo modo, los partidarios de la teoría de la inducción, afirmarán que los mandos medios pueden responder penalmente, también, como inductores por los hechos cometidos por los subordinados, puesto que existiría una “inducción en cadena” en la que el superior jerárquico (Directivo p. ej.) determina al mando medio (gerente de contabilidad p.ej.) a que induzca a los operarios a cometer ciertos delitos<sup>39</sup>. No obstante, esta alternativa adolece de las mismas debilidades político-criminales que cuando se le plantea aplicar para sancionar a los altos mandos de la organización. La dependencia de la existencia de un autor que actúe antijurídicamente y la atenuación de la pena merman la conveniencia de la teoría.

Por otro lado, cobra especial relevancia la figura de la delegación de funciones, puesto que el empresario al delegar las labores de ejecución material de tareas peligrosas para bienes jurídicos, asume “deberes de control”<sup>40</sup>. Según Meini, los deberes de control se concretan en una responsabilidad en la vigilancia de las actividades del subordinado, supervisión, así como de la correcta elección del mismo<sup>41</sup>.

Sobre este punto, se sostiene que el superior jerárquico que omite actuar conforme lo exigía su posición de garante puede responder a título de autor o de partícipe según la importancia de su contribución a la realización del delito. Existirá comisión por omisión en grado de autoría cuando pueda haber certeza suficiente de que con la acción esperada no realizada se hubiera evitado la producción del resultado. Por su parte, existirá comisión por omisión en grado de complicidad cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo cual supondría afirmar que la omisión facilitó la producción del resultado<sup>42</sup>. A mi juicio, como bien afirma Meini, esto último sucederá sólo cuando el superior jerárquico haya retenido e infringido deberes de vigilancia residuales sobre el delegado, sobre el que recae el principal deber de evitación de conductas criminales<sup>43</sup>.

Ahora bien, cabe precisar, que hay que distinguir entre la “delegación de funciones” y la “distribución originaria de competencias” entre personas pertenecientes a una organización jerarquizada o, como la denomina Silva Sánchez, del “encargo de la ejecución de una función”. En el caso de los mandos medios como gerentes o jefes de área, no estamos ante un supuesto de delegación de funciones por parte de los altos mandos directivos, sino ante una asignación de competencias originarias por razón del cargo que ocupa en la estructura empresarial. De esta manera, la problemática del título de la imputación (autor o cómplice) de los mandos medios no pasa por considerarlos “delegados” ni por considerarlos “delegantes” respecto de los ejecutores materiales de un ilícito. Los mandos medios no sólo tienen deberes de vigilancia residuales respecto de sus subordinados (ejecutores), sino que, en la mayoría de casos, como se explicará, cuentan con amplio margen de decisión y poder en la parcela de la organización empresarial, lo cual les hace ocupar una originaria posición de garante (cuya infracción dará lugar a una conducta de autor) respecto de las conductas de sus subordinados; aquí no existe una modificación de su posición de garante, pues no hay delegación de funciones hacia los operarios<sup>44</sup>.

Dejando esto en claro, el análisis de la responsabilidad de los mandos medios de la empresa se dividirá en dos subapartados: i) la responsabilidad del mando medio como

38 Claus Roxin, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en: *Revista Penal*. N° 18 (2006): 244-245.

39 Miguel Olmedo Cardenete, *La inducción como forma de participación accesoria*, (Madrid: Edersa, 1998), 174.

40 Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, (Madrid: Edisofer, 2013), 108-110.

41 Ivan Meini Mendez, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 369.

42 Eduardo Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, (Madrid: Iustel, 2009): 172-176.

43 Eduardo Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 362.

44 Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, (Madrid: Edisofer, 2013), 97-98.

mero transmisor de órdenes superiores y ii) la responsabilidad del mando medio que tiene un ámbito de actuación discrecional para concretizar órdenes superiores.

#### 4.1. Mando medio como mero transmisor de órdenes

Considero que, como sostiene Silva Sánchez, cuando el mando medio carece de poder de decisión y se convierte en un mero transmisor de órdenes específicas dadas en el más alto nivel de la empresa -aunque ello sea poco frecuente en la práctica empresarial- ellos deben responder sólo como partícipes (cómplices) del delito cometido por el subordinado<sup>45</sup>. No obstante, creo que la interpretación más adecuada no es considerar cómplice al mando medio por haber transmitido la orden superior, sino por no evitar, posteriormente, los efectos lesivos de dicha actuación estando obligado a ello de acuerdo a su ámbito de competencias. Es decir, el mando medio en estos casos responde por la omisión en el cumplimiento de sus deberes de control y vigilancia de sus subordinados a fin de que no se pongan en peligro o lesionen bienes jurídicos de terceros. Dicha omisión es equiparable a una actuación positiva en la medida que el mando medio tiene dominio sobre una fuente de peligro<sup>46</sup>.

En efecto, como se mencionó anteriormente, la teoría de la omisión impropia o comisión por omisión es la teoría que conviene utilizar para responsabilizar a los superiores jerárquicos por delitos cometidos por sus subordinados, puesto que con ello se salvaban muchas de las insuficiencias y limitaciones dogmáticas y político-criminales que detentaban las otras teorías.

El mando medio, al igual que el directivo, en ciertos casos, asume posiciones de garantía que le exigen actuar como barrera de contención de riesgos provenientes de sus subordinados<sup>47</sup>.

Ahora bien, si en el caso concreto el mando medio sólo tenía el deber de transmitir la orden al operario y no tenía un deber especial de control sobre éste, su omisión típicamente antijurídica deberá ser valorada como una aportación accesoria a la configuración del delito. Es decir, aquí el mando medio facilitó la comisión del delito al no impedir la ejecución del mismo por parte del operario, por lo que cabrá imputarle su omisión sólo a título de cómplice<sup>48</sup>.

Desde mi punto de vista, aquí, la conducta del mando medio no califica como de autoría puesto que el deber principal de vigilancia y control lo tiene el directivo que se ha inmiscuido en la actividad delictiva directamente. El mando medio sólo es un elemento complementario que coadyuva, con su omisión, a la comisión del delito por parte del directivo y por parte del operario. La actuación del mando medio será considerada como de complicidad siempre que no sea imprescindible ni fundamental, en tanto el superior pueda haber llegado al operario de cualquier otra forma a través de cualquier otro sujeto. Como afirma Silva, será partícipe omisivo cuando su conducta esperada no haya podido evitar directamente el resultado, sino sólo contribuir a su evitación<sup>49</sup>.

Solución distinta sería a la que arribaríamos si consideramos que el mando medio tiene un ámbito de decisión y protagonismo mayor en la formulación y dación de órdenes antijurídicas a los ejecutores directos que lo hacen tener una especial posición de garante sobre la actuación de sus subordinados. Sobre ello se abundará a continuación.

45 Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, (Madrid: Edisofer, 2013), 100-102.

46 Eduardo Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, (Madrid: Iustel, 2009): 103-105.

47 Carlos Alberto Mejías Rodríguez, *La responsabilidad penal y colateral de las personas naturales en las estructuras organizadas* (Córdoba: Centro de Investigación Interdisciplinario en Derecho Penal Económico, Córdoba, 2012): 3. Disponible en: <http://ciidpe.com.ar/area1/Resp%20personas%20naturales.pdf>. Consulta: 11 de enero de 2016.

48 Carlos Alberto Mejías Rodríguez, *La responsabilidad penal y colateral de las personas naturales en las estructuras organizadas*, 13.

49 Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, (Madrid: Edisofer, 2013), 176.

## 4.2. Mando medio con amplio poder de decisión y discrecionalidad

El mando medio de una empresa que se encuentra entre el directivo y el operario, en la mayoría de casos, asume al igual que aquel, ciertos deberes de control y vigilancia de las actividades de sus subordinados.

En las empresas medianas y grandes es usual que los miembros del directorio se encarguen de desarrollar y planificar las actividades de la empresa que tienen que ver con su viabilidad económica en el mercado, su representación en la sociedad, las grandes negociaciones, etc. dejando los asuntos de mera operatividad y logística en manos de los gerentes respectivos. De esta manera, los directivos casi siempre darán órdenes generales o lineamientos abstractos sobre cómo conducir determinada área de actuación de la empresa, siendo que los gerentes como mando medios tendrán que concretizar a través del uso de sus conocimientos técnicos las órdenes impartidas desde la cúspide de la organización.

Además de ser un transmisor de órdenes superiores hacia los operarios, el mando medio (jefe de área o gerente) casi siempre es una pieza clave en la toma de decisiones y la ejecución de determinadas políticas de la empresa. Como se dijo, a menudo los gerentes o jefes de área asumen altos niveles de discrecionalidad en la concreción de las órdenes que emanan de los directivos o altos mandos de una empresa, teniendo competencias importantes en la marcha del negocio y en la forma en que las directivas son ejecutadas.

En tal sentido, en tanto la naturaleza de las funciones que aquí realiza el mando medio es distinta a la de mero transmisor de órdenes, considero que la responsabilidad penal que se les atribuye por los hechos delictivos cometidos por sus subordinados debe ser distinta también.

Sobre este punto, Silva Sánchez señala que el mando medio podrá responder a título de autor y no de simple partícipe cuando sea posible apreciar en él un “dominio de la organización”<sup>50</sup>. En efecto, Silva Sánchez, en tanto partidario de aplicar la teoría de la autoría mediata por dominio de aparatos de poder organizados al ámbito de la criminalidad económico-empresarial, sostiene que los mandos medios pueden ser responsabilizados como “autores mediatos” al igual que los mandos superiores. Según este autor, cuando el mando medio cumple con todos los requisitos a los que hemos hecho referencia *supra* para la autoría por dominio de organización, también puede ser responsabilizado a título de autor, aplicándose entonces una “autoría mediata en cadena”.

En mi opinión, la teoría de la responsabilidad penal por omisión es de utilidad para sancionar adecuadamente a los mandos medios de una empresa que tiene poder de decisión y discrecionalidad en la concreción de órdenes superiores. Creo que, en estos casos, el mando medio debe responder a título de autor en comisión por omisión, puesto que su contribución a la realización del hecho es de suma importancia. Los deberes y competencias que asume el mando medio (gerente, subgerente o jefe de área) en estos casos resultan relevantes, puesto que en sus manos estaba la posibilidad de evitar o no fomentar con un alto grado de certeza la realización del delito. En la medida que el mando medio tenía amplio poder de decisión para concretizar las órdenes superiores generales, su omisión a la hora de evitar que se cometan los delitos por los operarios, se equipara a una conducta de autor.

Como bien señala Feijoo Sánchez, no basta con responsabilizar al más alto mando de una organización delictiva jerarquizada, sino que deben determinarse las responsabilidades de los demás intervinientes inferiores que, en algunos casos, pueden haber tenido iguales márgenes de poder y discreción en la toma de decisiones de la empresa<sup>51</sup>.

50 Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, (Madrid: Edisofer, 2013), 75.

51 Bernardo Feijoo Sanchez, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, (Zaragoza: Reus, 2007), 160.

## 5. Conclusiones

- Se han formulado diversas teorías para tratar de analizar la responsabilidad penal de los mandos superiores (directivos, gerentes generales, gerentes, jefes de áreas, etc.) en la empresa por los hechos delictivos cometidos por sus subordinados. Así, los superiores jerárquicos pueden, en algunos casos, responder como coautores, inductores o autores mediatos de los delitos cometidos directamente por los operarios.
- La teoría que se muestra como más idónea para responsabilizar a los superiores jerárquicos por los hechos delictivos cometidos por sus subordinados es la teoría de la omisión, en virtud de la cual los superiores responden por la omisión de realizar las labores de vigilancia y control de las actividades de sus subordinados que se les exigía conforme a su posición de garante.
- Los mandos medios de una empresa pueden responder penalmente por los hechos delictivos cometidos por sus subordinados a título de partícipes o de autores. Responderán penalmente como cómplices si su función competencial sólo consistía en transmitir a los operarios las órdenes dadas desde el vértice de la organización empresarial; por otro lado, responderán como autores si su función supuso el dominio de una parcela de la organización empresarial en la que ostentaba alto poder de mando y discreción en la toma de decisiones y control de sus subordinados.

## 6. Bibliografía

Faraldo Cabana, Patricia. 2008. "Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos de poder organizados en la empresa". En *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, coord. Serrano-Piedecasas Fernández. Madrid: Colex.

Foffani, Luigi. 2009. "Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización". En *Revista Penal*. N° 23.

Gomez-Jara Diez, Carlos. 2006. "¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por los subordinados? reflexiones preliminares". En: *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI*. Colex: Madrid.

Jakobs, Gunther. 1997. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.

Jescheck, Hans-Heinrich. 2002. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares.

Marín De Espinosa Ceballos, Elena. 2010. "La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas". En: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de Derecho Penal*, coord. Raúl Pariona Arana. Lima: Lima.

Miguel Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, Silvina. 2010. *Derecho Penal económico*. Madrid: Ramon Areces.

Righi, Esteban. 1991. *Derecho penal económico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

Roxin, Claus. 2006. "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata". En *Revista Penal*. N° 18.

Schunemann, Bernd. 1988. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa". En *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*. Tomo 41. Fasc. 2.

Silva Sánchez, Jesús María. 2013. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Madrid: Edisofer.

Zaffaroni Raúl E. 2002. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Olmedo Cardenete, Miguel. 1998. *La inducción como forma de participación accesorio*. Madrid: Edersa.

Penaranda Ramos, Enrique. 2010. "Autoría y participación en la empresa". En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 11 Mayo.

Demetrio Crespo, Eduard. 2009. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: lustel.

Gomez Marti, Victor. 2006. *Los delitos especiales*. Madrid: Edisofer.

Meini Mendez, Iván. 2003. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Carlos Alberto Mejías Rodríguez. 2012. *La responsabilidad penal y colateral de las personas naturales en las estructuras organizadas*. Córdoba: Centro de Investigación Interdisciplinario en Derecho Penal Económico.