

Responsabilidad penal de directivos, administradores o representantes de empresas por infringir deberes de vigilancia y control

Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo
Presidente de la FICP.

I. Introducción.

En la presente ponencia, referido a la responsabilidad de las personas físicas por la omisión de deberes de vigilancia o control en el ámbito empresarial, se analizarán fundamentalmente dos cuestiones. Por una parte, la responsabilidad del directivo, en comisión por omisión, respecto de los hechos cometidos por el subordinado. Por otra, la derivada, en su caso, de la tipificación expresa de dicha omisión, existente ya, por ejemplo, en el Derecho alemán, pero no en el nuestro, si bien la prevé el Proyecto de reforma de 2013 del CP. Para ello voy a partir de dos propuestas formuladas por Schünemann, que afectan directamente a las dos cuestiones planteadas.

Respecto de la propuesta referida a la primera cuestión, ya en el año 1979 planteó SCHÜNEMANN¹ la conveniencia de añadir al § 13 StGB un apartado, nuevo y específico, referido expresamente a la omisión de deberes de vigilancia y control en las empresas. El citado párrafo, que en lo demás mantendría el texto actual, pasaría a ser el siguiente:

“§ 13 Comisión por omisión

(1) Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal sólo será castigado según esta ley cuando jurídicamente tiene que responder de que el resultado no se produzca y cuando la omisión corresponde (equivale) a la realización del tipo legal mediante un hacer activo.

(2) Si se provoca el resultado por una actuación ligada a instrucciones y en favor de una empresa o con un objeto peligroso perteneciente al patrimonio de la empresa, será aplicable el § 13, apartado 1, al autorizado para dar las instrucciones también cuando el hecho se hubiera dificultado sustancialmente con los controles debidos.

(3) La pena puede ser atenuada conforme al § 49, apartado 1.”

Dicha propuesta la sigue manteniendo años después en términos muy semejantes. Así, por ejemplo, en 1972, 1988² y, con mayor detalle, en 1996³, cuando en el *Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität*, propone un nuevo párrafo, 13 a) StGB, con los dos siguientes apartados:

¹ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*. Carl-Heymanns, Köln, 1979, 207.

² SCHÜNEMANN, B., *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, ADPCP 1988, (529-558), 541: “Si el resultado se produce mediante una actuación para una empresa ajustada a las intrucciones o con un objeto peligroso del patrimonio e la misma, se aplicará también el § 13, 1. StGB (o en su caso el § 8 OWiG) a los sujetos autorizados para dictar aquellas instrucciones, siempre que los debido controles hubieran dificultado considerablemente el hecho”. Este artículo, publicado en el ADPCP en la sección de crónicas extranjeras, es la traducción del titulado *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, que había publicado en 1982 en la revista *Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, 1, 1982, 41-50.

³ SCHÜNEMANN, B., en SCHÜNEMANN, (ed.) *Arbeitskreis Strafrecht, Band III, Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität*, 1996, 156 ss.

“1) Si se contribuye a un resultado contemplado en el tipo de una norma penal, mediante la actuación de un empleado para la unidad de explotación a la que pertenece, o con un objeto de la misma que requiera vigilancia, será punible el obligado al deber de vigilancia según esta Ley si la actuación hubiera podido ser obstaculizada por él de forma decisiva. En este caso se atenuará la pena conforme al § 49 ap.1. La unidad de producción y la empresa tienen, a estos efectos, la misma consideración.

2) El mismo tratamiento se dará al superior o cualquier funcionario, a quienes se haya transferido el deber de vigilancia del servicio de otros funcionarios, en tanto la actuación de los subordinados o de los funcionarios supervisados afecte a los quehaceres cuya vigilancia tuviera encomendados.”

La segunda propuesta se refiere a una regulación alternativa a la prevista en el § 130 OWiG. En el Derecho alemán, la Ley de contravenciones (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten-OWiG*) tipifica en el § 130, como figura de omisión propia, la pura infracción del deber de vigilancia en el seno de la empresa con el siguiente tenor literal:

“Quien como propietario [titular] de un negocio o empresa omite dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que son exigibles para evitar en el negocio o en la empresa transgresiones de deberes que le corresponden al titular y cuya lesión está castigada con pena o con multa, actúa antijurídicamente cuando tal transgresión que se comete habría sido evitada o sustancialmente dificultada con la adecuada supervisión. A las medidas de vigilancia exigidas pertenecen también el nombramiento, la cuidadosa selección y supervisión del personal de vigilancia”

Pues bien, como consecuencia de las críticas frente a dicho precepto -en las que ahora no entramos, sino posteriormente, cuando veamos a su vez un precepto semejante, el art. 286 seis, previsto en el Proyecto de reforma de 2013 del CP (en lo sucesivo PRefCP cuando se cite abreviado)- SCHÜNEMANN propuso también en el año 1979 el siguiente texto alternativo:

“El que facilite o posibilite una acción amenazada con una pena (o una contravención) en un establecimiento o en una empresa a través de un imprudente descuido de sus obligaciones de vigilancia según el § 13 StGB (o según el § 8 OWiG) de tal manera que pueda posibilitar más delitos (o contravenciones), será castigado como cómplice (o comete una infracción administrativa)”⁴.

Cada una de estas propuestas se debe a razones particulares diferentes, pero en ambos casos obedecen a que las normas a las que pretenden complementar (§ 13 StGB) o sustituir (§ 130 OWiG) se consideran ineficaces o cuando menos poco satisfactorias para combatir la criminalidad de empresa. Ciertamente, la ineficacia del Derecho penal radica a veces en que se acude a él -invirtiendo el orden de los principios- con carácter de *prima ratio* frente a otras medidas preventivas menos drásticas y no por ello necesariamente menos efectivas, convirtiendo a aquél en un mal remedio y siempre tardío. Pero creo que este no es aquí el caso, o no fundamentalmente, pues aparte de existir esas otras medidas (quizá insuficientes o no las más apropiadas), el cuestionamiento de la eficacia de la respuesta penal radica en objeciones tanto dogmáticas como de política criminal.

Como acertadamente observa PAREDES CASTAÑÓN, “el cuestionamiento radical de la eficacia del Derecho Penal obvia el hecho de que con demasiada frecuencia el recurso al Derecho Penal viene a constituir un mal sucedáneo de las auténticas medidas preventivas de esos ‘nuevos riesgos’: así, cuando la Administración no cumple su labor inspectora, cuando no se invierte lo bastante en seguridad o en investigación científica, cuando la cultura cívica no se dota de ciertos contenidos, cuando no operan los incentivos y gravámenes fiscales adecuados, cuando la ética empresarial brilla por su ausencia, entonces

⁴ SCHÜNEMANN, B., Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 219 ss., SCHÜNEMANN, B., ADPCP 1988, 550-551 y n. 63.

el Derecho Penal ha de limitarse a constatar lo evidente –el fracaso en el uso de una cierta tecnología o de una determinada forma de organización– y a poner, torpemente (a causa de las restricciones necesarias en el ejercicio del *ius puniendi*), algunos parches a la situación creada”

La búsqueda de la solución del problema mediante el planteamiento de nuevas propuestas o alternativas significa, por otra parte –tanto en general como en relación con las que aquí hace SCHÜNEMANN– que dicha solución no debe tratar de encontrarse a través de la flexibilización de las categorías dogmáticas (particularmente aquí la relación de causalidad por sus dificultades probatorias en el marco empresarial) o de la redefinición de conceptos con la finalidad de reducir los elementos que hay que probar en el proceso, porque ello sería erróneo e ilegítimo. Ahora bien, las soluciones propuestas, sean cuales sean, deberán respetar los principios generalmente admitidos como limitadores del *ius puniendi*.

La primera propuesta, de modificación del § 13 StGB, supone una clara posibilidad de ampliación de los supuestos de comisión por omisión en el ámbito empresarial; o quizá debería decirse, más bien, que lo que supone es la posibilidad de una aplicación que, de otra forma, resultaría dificultada o impedida por los requisitos genuinos de la comisión por omisión en combinación con las características propias del funcionamiento empresarial⁵. Pero como observa ROXIN, habría que discutir ampliamente “si sería o no político-criminalmente deseable castigar todos los casos en los que una omisión de garante hubiera ofrecido, aunque sólo fuera *ex ante*, una oportunidad realista de evitar el resultado”. O, más en concreto, si esta modificación propuesta SCHÜNEMANN, restringida al ámbito empresarial, “quizás debería extenderse incluso a las negligencias médicas o a toda omisión infractora de la posición de garante con carácter general”.

Las mismas reflexiones pueden hacerse si se traslada la propuesta a nuestro CP. Sobre la base de lo dispuesto en el art. 11 CP, la infracción de deberes de control –tanto en el ámbito empresarial como fuera de él– puede dar lugar a la producción de un resultado en comisión por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. La omisión de los controles debidos que habrían dificultado u obstaculizado sustancialmente la causación del resultado no equivale –evidentemente– a la no evitación, pues presupone precisamente lo contrario. La posibilidad de apreciar comisión por omisión en tales casos requeriría, pues, una previsión específica como la propuesta por SCHÜNEMANN.

Sobre la segunda propuesta, alternativa al § 130 OWiG, baste decir aquí que constituye, como veremos, un punto de referencia fundamental para el análisis de un precepto semejante, el art. 286 seis, del Proyecto de reforma de 2013 del CP.

II. Breve referencia al control de riesgos y responsabilidad penal de la persona jurídica en el CP y en el Proyecto de reforma de 2013 del CP.

⁵ Por otra parte –a diferencia de lo que sucede en otros casos, y en particular en las iniciativas legislativas recientes en España, a las que me referiré a continuación– esta propuesta, por su ubicación sistemática en la parte general, no se circunscribe exclusivamente a ámbitos concretos de actuación empresarial (especialmente en el tráfico económico), sino que (aun restringida al ámbito empresarial) está abierta en principio a todos ellos, comprendiendo, entre otros, aquél en el que se suscita la sin duda importante y problemática responsabilidad por el producto, en la que la falta de control, dolosa o imprudente, genera situaciones de peligro que pueden derivar en graves resultados de lesión contra la vida o la integridad física o psíquica.

Si bien el trabajo se va a centrar en la responsabilidad penal de las personas físicas de la empresa por infracción de deberes de control, es conveniente hacer una referencia, aunque sea breve, a la responsabilidad que según la normativa específica del Derecho penal en el ámbito empresarial se deriva para la propia persona jurídica tanto en relación con la infracción como con el cumplimiento de deberes de vigilancia o control, pues ello es fundamental para el análisis de los supuestos previstos de responsabilidad de las personas físicas, y en particular por art. 286 seis PRefCP.

La infracción de deberes de control constituye una de las dos vías de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas ya desde el momento en que dicha responsabilidad fue introducida en nuestro ordenamiento, por la LO 5/2010, de 22 de junio. Además de por los hechos cometidos por sus representantes o administradores (primera vía), la responsabilidad de las personas jurídicas también puede derivarse, a modo de *culpa in vigilando*, (segunda vía) de los hechos cometidos por terceros “por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las circunstancias del caso” (art. 31 bis CP). Pero es en el Proyecto de reforma de 2013 del CP⁶ donde, como veremos, se otorga una relevancia especial a dichos deberes y, por primera vez, particularmente a su cumplimiento.

Por otra parte, el Proyecto introduce ya una modificación, del art. 31 bis CP⁷, en lo que se refiere a las entidades u organizaciones dotadas de personalidad jurídica que resultan excluidas del régimen de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas, contemplando en un apartado específico, y con una regulación distinta a la actualmente vigente, el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. El art. 31 quinquies PRefCP establece lo siguiente:

“1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

Es decir, salvo que concurra la limitación prevista (que se trate de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal), a dichas sociedades mercantiles sólo se les podrá imponer la pena de “multa por cuotas o proporcional”, o la pena de “intervención judicial para salvaguardar los derechos de los

⁶ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-66-1 de 04/10/2013.

⁷ El art. 31 bis 5. CP (anteriormente reformado, respecto de su redacción original, por L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, que suprimió la inclusión de los partidos políticos y de los sindicatos), establece lo siguiente en su texto actualmente vigente:

“Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”⁸.

1. La doble vía de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: la responsabilidad de la persona jurídica por incumplimiento del deber de vigilancia o control

En la modificación del art. 31 bis el Proyecto mantiene el sistema de responsabilidad de la persona jurídica conocido como de “doble vía” –si bien contemplándolas, para mayor claridad, en apartados separados– e introduce asimismo especificaciones o aclaraciones respecto de algunas referencias actuales.

Así, la referencia a los “representantes legales y administradores de hecho o de derecho” se sustituye por la de “sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”. Y la de actuación “en provecho” de la persona jurídica, por la más adecuada de actuación “en beneficio directo o indirecto” de la misma.

La primera vía de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas es la que se produce como consecuencia de la conducta –activa u omisiva– de los sujetos con funciones de representación, dirección, organización o control. Las personas jurídicas serán responsables, según el art. 31 bis 1 a) PRefCP, “de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.”

La segunda vía es la que radica en la *culpa in vigilando* de los sujetos responsables de control y que da lugar a la comisión de hechos delictivos por sus subordinados. Así, también serán responsables las personas jurídicas, según establece el art. 31 bis 1 b) PRefCP, “de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”

No se trata aquí, pues, de la responsabilidad penal de las personas físicas, representantes o administradores (por el incumplimiento⁹ del deber de vigilancia – respecto de lo cual el Proyecto ha incluido el novedoso artículo 286 seis–, ni como posibles garantes omitentes por el hecho cometido por los subordinados), sino de la

⁸ Respecto de la cual añade el art. 33.7 CP: “La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.”

⁹ Dicho incumplimiento puede ser, o no, constitutivo de delito.

responsabilidad penal (*in vigilando*) de la persona jurídica por la comisión de delitos por parte de los (otros) trabajadores o empleados cuando éstos han podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control.

El incumplimiento de deberes de supervisión, vigilancia y control es, en cualquier caso, requisito imprescindible, pero no suficiente por sí mismo, para la responsabilidad de la persona jurídica. Es preciso, por una parte, que los subordinados hayan cometido un delito y, por otra, que el delito no se habría podido cometer si se hubieran ejercido los deberes de control exigibles, atendidas las concretas circunstancias del caso. En consecuencia, resultaría excluida la responsabilidad de la persona jurídica (con independencia de lo que correspondiera a las personas físicas) no sólo cuando el incumplimiento de los deberes de control no fuese seguido de la comisión del delito por el tercero, sino también cuando se hubiese cometido aun habiéndose cumplido las medidas de control exigibles. Ciertamente, la expresión del art. 31 bis 1 b) –“*los delitos cometidos*”– introduce la duda de si con ella se está haciendo referencia únicamente a los delitos de lesión y consumados. Considero que también están incluidos los resultados de peligro y las fases imperfectas de ejecución.

2. El control de riesgos como posible causa de exención de responsabilidad penal

Tanto el CP vigente como el PRefCP contemplan que el cumplimiento del debido control puede constituir una eximente de la responsabilidad penal, pero difieren en la forma de hacerlo. Mientras el CP no formula explícitamente y en positivo dicha eximente, el PRefCP sí lo hace y de forma detallada.

El art. 31 bis. 1. 2º CP establece que “las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”. Dicho artículo prevé ya, por tanto, la no responsabilidad (exención por “atipicidad”) en caso de haberse ejercido el debido control antes de que un subordinado cometa pese a todo un delito de los previstos en el CP. No formula directa y explícitamente como eximente el (cumplimiento del) debido control, sino indirectamente al establecer como requisito de “tipicidad” (*lato sensu*, o sea como si la persona jurídica realizara una acción típica) la ausencia del debido control: “han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control ...”. Lo que *sensu contrario* implica inequívocamente que ya en el actual CP, si se ejerció antes el debido control sobre esos subordinados –tanto si por ello no delinquen, como si a pesar de ello delinquen–, ya no habrá responsabilidad penal (*lato sensu*) para la persona jurídica. La única diferencia respecto del PRefCP, es que éste, como veremos a continuación, formula en positivo dicha exención y detalla detenidamente sus requisitos.

a) Condiciones requeridas para la exención

La relevancia otorgada a la autorregulación –*criminal compliance*, programas de cumplimiento, o sea de control de delitos, modelos de organización, o denominaciones semejantes¹⁰– se convierte en el Proyecto en uno de los puntos centrales de atención, al que dedica una detallada –pero claramente mejorable– regulación.

¹⁰ Hay que advertir que, como muchas veces sucede, la terminología apocopada angloamericana, que se tiende a adoptar en otros países, es profundamente inexacta: *compliance* no es sino cumplimiento, y en

A los efectos de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, el Proyecto establece condiciones diferentes en función de los sujetos de los que se deriva, a través de las mencionadas primera vía o segunda vía, la responsabilidad de la persona jurídica. El contenido de las mismas en algunos aspectos, así como su diferenciación según los sujetos, requieren una revisión. Pero, en cualquier caso, el fundamento central de la exención para las dos vías de atribución de responsabilidad es –como debe ser– el que se corresponde con el requisito de actuación “con el cuidado debido”, el cual describe el Proyecto, concretándolo en este contexto, como *haber adoptado y ejecutado* con eficacia, antes de la comisión del delito, los modelos de organización y gestión orientados a la prevención de delitos.

Si el delito fuera cometido por los representantes legales de la persona jurídica, o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma), a tenor del art. 31 bis 2. PRefCP “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones¹¹: 1.ª) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza; 2.ª) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control; 3.ª) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y; 4.ª) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b). En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.”

Por el contrario, si el delito fuera cometido por los trabajadores, empleados, etc., sometidos a la autoridad de los responsables o administradores, según el art. 31 bis 4. PRefCP “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido. En este caso resultará igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del número 2 de este artículo”. Es decir: la posible atenuación cuando las circunstancias requeridas para la exención sólo puedan ser objeto de acreditación parcial.

b) Requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión

La determinación del alcance del “cuidado debido” a los efectos de poder eximir de responsabilidad a la persona jurídica no sólo se lleva a cabo en función de si las medidas adoptadas y ejecutadas por el órgano correspondiente han sido, o no, las adecuadas, sino también, y con carácter previo, en función de si la empresa dispone de modelos de organización y gestión en este sentido y de si los mismos reúnen los requisitos exigidos. La exención, pues, parece derivarse en principio de la concurrencia de las dos condiciones. Aunque sobre esto no me puedo detener ahora, no cabe negar la actuación con el cuidado debido por el mero hecho de carecer de modelos de

cualquier idioma es necesario precisar cumplimiento de qué, en nuestro caso, cumplimiento del debido control o del deber de control. Y ya el término *criminal compliance*, tomado literalmente, es incluso contradictorio y absurdo, porque significa “cumplimiento criminal”, cuando lo que realmente se quiere decir es cumplimiento del deber de control o evitación de delitos, o en lo criminal. De modo que, si al hablar de programas de control, se quiere recurrir, no a la expresión completa, sino abreviadamente a un término tan breve como programas de –en inglés– *criminal compliance*, se puede perfectamente decir –en español– programas de “control criminal”, “control de delitos” o “control delictivo”; sólo que esta denominación es precisa, coherente y no contradictoria.

¹¹ Respecto de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones introduce la siguiente excepción el art. 31 bis 3 PRefCP: “En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”.

organización y gestión; pero tampoco la existencia de éstos implica por sí misma la actuación con el cuidado debido.

En cualquier caso, no cabe duda de que los modelos de gestión de riesgos surgen y se desarrollan –sobre todo en el ámbito de la industria y de la seguridad en sus diversas vertientes– como el método más adecuado para detectar los factores latentes de riesgo y prevenir adecuadamente los resultados de lesión. El análisis de la gestión de riesgos se lleva a cabo mediante un proceso respecto de cuya estructura o fases existe una aceptación generalizada: identificación del riesgo, valoración o análisis, tratamiento o conducción y, finalmente, medidas de control. Los requisitos exigidos en el Proyecto a los modelos de organización y gestión son, como puede verse en el art. 31 bis 5. PRefCP, una aplicación de esos principios generales de los sistemas o procesos de gestión de riesgos.

Dichos modelos a los que se refiere el Proyecto (es decir, los que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza, o los que resulten adecuados a esos efectos), según el art. 31 bis 5. PRefCP deberán cumplir los siguientes requisitos:

“1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

El modelo contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo, y requerirá, en todo caso:

a) de una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; y

b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.”

3. El control de riesgos como causa de atenuación de la pena

Al igual que en la exención de responsabilidad, tanto el CP vigente como el PRefCP contemplan –aunque con diferencias- la posibilidad de que el cumplimiento del deber de vigilancia o control constituya una causa de atenuación de la “pena” para la persona jurídica.

A este respecto debe advertirse que si bien desde la reforma de 2010 el CP se las denomina “penas” en el art. 33. 7. y preceptos concordantes, al menos hay que plantear la duda de si esas sanciones a personas jurídicas materialmente son auténticas penas o más bien sanciones criminales de otra clase. En efecto, muy destacados penalistas rechazan que puedan ser penas unas sanciones que el art. 31 bis CP (que sólo habla de “responsabilidad penal”, término amplio que también puede incluir otras sanciones penales) reconoce palmariamente que se imponen a las personas jurídicas por delitos cometidos no por ellas, sino por las personas físicas que actúan en su seno, y las consideran sanciones o medidas penales o criminales de otro tipo.

El art. 31 bis 4 c) CP establece que podrá considerarse (es decir, potestativamente) circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas “haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, alguna de las siguientes actividades”, entre ellas, por lo que aquí

se refiere, “haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”. Se trata de un supuesto concreto de la circunstancia atenuante genérica de comportamiento postdelictivo (o, con mayor exactitud, análoga a la misma, en cuanto la persona jurídica como tal no puede cometer delitos, sino sólo las personas físicas) basada en las medidas adoptadas (también sólo por las personas físicas) para la prevención de delitos futuros. Pero sólo surte efecto cuando el delito ya se ha cometido y no, sin embargo, cuando se han adoptado con anterioridad a su comisión. Aparte de este contrasentido, llama la atención que dichas medidas “eficaces” de prevención deben haberse adoptado (no basta con haber procedido a ello) en el limitado tiempo comprendido entre la comisión del delito y la apertura del juicio oral, sin establecerse, por otra parte, requisito específico alguno en el que fundamentar que dichas medidas puedan considerarse eficaces.

En el PRefCP, la posibilidad de atenuación de la pena para la persona jurídica tendrá lugar, como hemos visto, en el caso en que –según el art. 31 bis, 2.º párrafo, y 4.º párrafo PRefCP– “las circunstancias” requeridas para la exención (parece que todas, y no sólo alguna o algunas) “solamente puedan ser objeto de acreditación parcial”.

4. El control de riesgos en la determinación e imposición de la pena

Finalmente, el Proyecto introduce múltiples modificaciones de la regulación vigente en el marco de la pena. Respecto de las penas en general modifica el artículo 33 CP en sus apartados 2 (relativo a las penas graves), 3 (en relación con la multa y con los trabajos en beneficio de la comunidad) y 4 (sobre las penas leves), pero mantiene la regulación vigente, del art. 33.7 CP, relativo a las penas aplicables a las personas jurídicas. Modifica, sin embargo, los apartados 1 y 2 del art. 129 CP, restringiendo su aplicación únicamente a los delitos, a diferencia de la regulación vigente, que comprende también las faltas. Y asimismo el art 66.2. CP, en el que se incluyen, además de los delitos imprudentes, los delitos leves como supuestos en que los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el art. 66.1.

Ahora bien, en el art. 66 bis CP el Proyecto introduce una modificación en la que contempla expresamente que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica por la segunda vía (art. 31 bis, 1. b) no puede ser superior a dos años cuando el hecho derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave.

Concretamente, el art. 66 bis, 2ª PRefCP establece lo siguiente:

“2ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) de apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del primer número del artículo 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.”

III. ¿Responsabilidad penal de la persona física (representante legal o administrador de hecho o de derecho de una empresa) por infringir los deberes de vigilancia o control? Planteamiento del problema.

1. Exclusión de los supuestos de intervención activa del directivo

Voy a referirme aquí exclusivamente a los supuestos de responsabilidad del directivo de la empresa por la omisión de sus deberes de vigilancia o control, sin abordar por tanto los casos en que el directivo permite o favorece activamente los delitos relacionados con la empresa, cometidos por sus subordinados. Se trata, como es sabido, de una cuestión problemática, que –al igual que en la omisión– debe conciliar las exigencias políticocriminales en la criminalidad de empresa (no restringiendo la imputación del hecho hacia abajo, hacia el subordinado por ser el ejecutor material del hecho) con el respeto a los principios de imputación jurídicopenal en la posible atribución del hecho al directivo.

Si bien es cierto que la estructura empresarial permite en muchos casos percibir que es el directivo quien tiene en sus manos el control del proceso que deriva en un hecho típico y que por tal motivo resulta inapropiado o contradictorio calificarlo de mero partícipe, de ahí no cabe deducir, sin embargo, la consecuencia de que el directivo es, sin más, *autor mediato*. Para ello sería preciso que el subordinado (que es un tercero responsable de sus actos) fuese un mero instrumento en manos del superior.

No puedo detenerme en este momento en el análisis de los problemas concretos que plantea la posibilidad de autoría mediata por intervención activa del directivo de la empresa en estos casos en que quien ejecuta directamente el hecho es un tercero responsable de sus actos (el subordinado). Entre otros, por ejemplo, en la posibilidad de aplicar la teoría de ROXIN, de construir la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder, o en la posibilidad y alcance de los supuestos (más normales) de creación de error en el instrumento, o de actuación (más extraña o excepcional) del directivo mediante coacción en el subordinado (y que éste pueda alegar, o no, obediencia debida). Por otra parte, estas cuestiones también se plantean en los supuestos de omisión del directivo. Asimismo las relativas a las dificultades de prueba y las derivadas del hecho de que el ejecutor material cometa un delito de propia mano o que requiere una modalidad limitada de acción.

La intervención activa del directivo puede dar lugar también, según los casos, a las diversas formas de *participación*: inducción, cooperación necesaria o complicidad.

Pero esta posibilidad de que la intervención activa del directivo sea constitutiva de autoría o participación es aplicable igualmente cuando concurriendo en él la posición de garante omite la vigilancia o el control debidos. Si el directivo es garante, lo es tanto si realiza una conducta activa como omisiva. No se entendería –por contradictorio– que el garante que realiza una conducta activa pueda ser autor o partícipe, mientras que quien omita siempre haya de ser autor (por ser suficiente infringir el deber especial). O que una buena forma de que el garante omitente se transforme de autor en partícipe sea decidiéndose a actuar.

Dicha contradicción parece no ser obstáculo para quienes defienden que (salvo excepciones) el garante omitente es siempre autor, por ejemplo, para ROXIN. En su opinión, los delitos de omisión son delitos de infracción de deber, es decir, “su criterio de autoría no es el dominio del hecho sino la

infracción del deber de evitar el resultado –fundamentadora del tipo– y el cumplimiento de los demás requisitos típicos. Si concurren estos criterios se ha realizado la omisión típica. Dado que la autoría es la realización del tipo, no se puede exigir nada más para ella. Así, por ejemplo, si el padre observa impasible cómo la madre ahoga al hijo recién nacido, es autor de un homicidio por omisión, siempre y cuando él con su intervención hubiese podido impedir el resultado”. Y esta opinión parece considerarla conciliable con la idea de que si la intervención del garante es activa, en vez de omisiva, no da lugar necesariamente a autoría. Así, cuando en relación con la posición de garante de los directivos de una empresa, observa lo siguiente: “Es cierto que éstos, si permiten o favorecen activamente delitos relacionados con la empresa de sus subordinados, no son sin más autores mediatos en virtud del ‘dominio de la organización’, pues el subordinado puede y debe –al igual que soldados y funcionarios– rechazar pretensiones punibles, incluso cuando vienen ‘de arriba’. Pero el superior tiene, al menos, el deber y la posibilidad de evitar conductas punibles en la empresa a través de instrucciones vinculantes y controles. En este sentido la empresa está bajo su dominio y es controlada por él. Las condiciones prototípicas de una posición de garante se cumplen por tanto. Se puede hablar aquí, como mejor denominación, de una ‘posición de garante material prolongada’. Las personas con puestos directivos han de cuidar de que el ‘foco de peligro’ empresa permanezca bajo controles con garantía de seguridad, siendo indiferente si los peligros provienen del potencial de la empresa personal o material. Ambos son a menudo casi inseparables, por ejemplo, cuando unas deficiencias técnicas son provocadas o potenciadas por fallos de mantenimiento.” (ROXIN).

Con independencia de otras observaciones, esta opinión (que no es compartida por un amplio sector en Alemania, el cual, en los casos de garante omitente junto al autor comisivo defiende la teoría de la cooperación unitaria, es decir, que el garante omitente será siempre sólo un cooperador) se debe en parte a las características diferentes de la regulación alemana frente a la nuestra. Así, a la cláusula de “correspondencia” entre la omisión y la acción y a la posibilidad de atenuación de la pena, prevista en el § 13 SrGB (pero no, como es sabido, en el art. 11 CP). Pero a pesar de ello, podría considerarse “*contra legem*” una interpretación tan extensiva que va más allá de lo que permite el tenor literal de los tipos, es decir, sin restringir la autoría por infracción del deber a los tipos de infracción del deber (y aplicándola también, como muestra el ejemplo, al homicidio).

En la omisión –observa ROXIN– el dominio del hecho no es un criterio idóneo para resolver el problema de delimitación entre autoría y participación. El dominio del hecho no cabe fundamentarlo (como hace la jurisprudencia, a la que critica) en que el omitente con su intervención podría haber evitado el resultado, pues dicha posibilidad de evitar el resultado es (en su opinión) un elemento característico de cualquier clase de omisión y por eso no puede quedar reservado a una particular forma de manifestación de la omisión. “El dominio del hecho presupone necesariamente un control activo y dominante del curso causal y no puede alcanzarse por la mera inactividad.”

Retomando el ejemplo anterior –el padre observa impasible cómo la madre ahoga al hijo recién nacido–, el padre no es autor en comisión por omisión por el mero hecho de infringir su deber especial, de garante, sino que sólo lo será si, en primer lugar, su acción omitida (sea garante o no lo sea, por ejemplo, en lugar del padre se trataba de un tercero, de visita en la casa) equivale a la acción de matar y, en segundo lugar, si dicha acción omitida decide o determina, y no sólo favorece, la producción de la muerte. La posibilidad de afirmar la autoría del padre en comisión por omisión sería irreprochable si el tipo penal del homicidio fuese un tipo de infracción del deber. Pero no lo es. Por eso, aunque la consecuencia derivada de ello fuese la imposibilidad de afirmar la autoría del padre omitente (porque su acción omitida no es la que decide o determina la muerte del bebé, sino la acción realizada por la madre) sino sólo su intervención como partícipe, habría que aceptarlo.

En virtud de lo dispuesto en el art. 11 CP –equivalencia estructural y material en el plano normativo de la omisión al hacer positivo– considero que el criterio más correcto para la afirmación de la autoría es –siguiendo a LUZÓN PEÑA– el de la creación o aumento determinante del riesgo de lesión del bien jurídico por la propia omisión¹². La participación por omisión (o participación en comisión por

¹² Criterio defendido por LUZÓN PEÑA. D.-M., Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro, en Derecho Penal de la Circulación, 2ª. ed. PPU. Barcelona, 175 ss. (167-178; versión original en RDCir 1974, 269-273); La participación por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Estudios Penales, 2ª. PPU. Barcelona, 239 ss. (225-250; versión original en PJ 2, 1986, 73-92).

omisión) tendrá lugar, como observa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “cuando la propia omisión favorezca la afectación del bien jurídico por parte del autor, es decir, cuando aumente el riesgo de producción de esa afectación, pero no de un modo determinante; ... o dicho de otra manera, cuando la propia omisión posibilite, favorezca o facilite o suponga una remoción de obstáculos a la conducta del autor, no bastando que la omisión suponga una mera no dificultación o no interposición de obstáculos al hecho del autor”¹³. No obstante, como observa LUZÓN PEÑA¹⁴, quizá no hubiese tanto inconveniente en afirmar la autoría en virtud de infracción del deber en las omisiones imprudentes (salvo que el tercero que materialmente realiza el hecho, actúe con dolo).

Ahora bien, la consideración del padre (garante) como mero partícipe no deriva en la necesidad de imponer la misma pena al padre que al tercero que estaba de visita, lo cual podría considerarse valorativamente inadecuado. Una mejor solución, más clara y diferenciadora, sería posible si, por ejemplo, el CP previera (además del tipo genérico de omisión propia) un tipo agravado de omisión propia de garante¹⁵. Pero incluso de *lege lata*, cabe apreciar dos cosas. Primera: que las consecuencias derivadas para la responsabilidad del padre (como partícipe) no son tan distintas de las resultantes de la afirmación de la autoría en el Derecho alemán. La acción omitida del padre (que incluso cabe considerarla o calificarla como de “acción” aprobatoria o en cualquier caso no opuesta a la que lleva a cabo la madre) puede suponer un auxilio moral constitutivo de cooperación necesaria (con igual pena que la autoría), cabiendo además aplicar el parentesco como circunstancia agravante. Segunda: que ello permite asimismo imponer al tercero una pena menor que al padre. En cualquier caso, habida cuenta de las dificultades derivadas del requisito de equivalencia de la omisión a la acción positiva y de que para la participación no basta con que la omisión suponga una mera no interposición de obstáculos al hecho del autor, quizá la solución más correcta (entre otras propuestas posibles) sería la anteriormente apuntada de creación de un tipo agravado de omisión propia de garante, en el que tendrían cabida estos supuestos.

Finalmente, si bien es cierto que sobre la base del requisito de creación o incremento del riesgo, determinante del resultado, por la propia omisión es imposible o muy discutible afirmar en el ejemplo expuesto la autoría del padre, eso no implica que dicha posibilidad haya de excluirse en cualquier situación, pues habrá que ver si en el caso concreto (y centrándonos en particular aquí en el marco de la criminalidad de empresa) puede llegar a afirmarse que concurre (no desde luego en el plano empírico, pero sí en el plano normativo) esa creación o incremento del riesgo por parte del directivo que omite la vigilancia o el control, que si es determinante del resultado daría lugar a autoría (autoría mediata, coautoría o autoría accesoria o yuxtapuesta¹⁶) y que si sólo lo favorece o facilita constituiría participación (inducción, cooperación necesaria o complicidad). Salvo, claro está, que el tipo infringido fuera claramente o pudiese considerarse como un tipo de infracción del deber, pues en tal caso bastaría dicha infracción para afirmar la autoría con independencia de la entidad de la intervención respecto del resultado.

¹³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Participación, en LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.), Enciclopedia Penal Básica, Comares. Granada, 2002, 987 (977 ss.).

¹⁴ LUZÓN PEÑA, La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 900-902 (889 ss.); (1991), 210-212; (1996), 511.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., El delito de omisión. Concepto y sistema, 1986, 343 ss.

¹⁶ Término que propone como más correcto que el habitual de “autoría accesoria” LUZÓN PEÑA. D.-M., Lecciones de DP, PG, 2ª, 2012, 15/15, 40 y 65, 18/51 ss.; en 15/15, n. 3 p. 202 explica por qué autoría yuxtapuesta es el término preferible y por qué el usualmente empleado de “autoría accesoria” es una traducción inexacta al español del término alemán *Nebentäterschaft*, traducción que aquí es inadecuada, ya que no hay una autoría “principal” junto a la que estuviera otra “accesoria”, sino dos autorías yuxtapuestas, del mismo rango.

2. La intervención omisiva del directivo sobre la base de la regulación vigente

En el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido en el art. 31 bis 1, el Código Penal no prevé un tipo especial que contemple la responsabilidad penal de las personas físicas (directores, representantes legales o administradores) por el incumplimiento de los deberes que le competen de vigilancia, supervisión o control sobre sus subordinados. Si el subordinado, de acuerdo con los requisitos legales establecidos (art. 31 bis 1. párrafo segundo), comete un delito imputable a la persona jurídica, la responsabilidad de los administradores o representantes por haber omitido las debidas medidas de control habrá que determinarla en función de su *intervención en el hecho del subordinado*. Es decir, sobre la base de la aplicación de los principios generales de la comisión por omisión (art. 11 CP).

Por ejemplo, el empleado S., subordinado y sometido a la autoridad del directivo D. —o del representante legal, o administrador de hecho o de derecho— de una persona jurídica, actuando en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la misma, realiza un vertido de productos tóxicos en el subsuelo con riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, constitutivo de delito contra el medio ambiente, (arts. 325 y 326 CP). Si dicho hecho, como dispone el art. 31 bis CP, se ha podido realizar por no haberse ejercido sobre S. el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso, corresponde afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica, que implicará la imposición a ésta de una pena de *multa de uno a tres años* (si se ha realizado el tipo del art. 325) o de *multa de dos a cinco años* (si se ha realizado el tipo agravado del art. 326). La responsabilidad penal del empleado S, ejecutor material inmediato del hecho, dependerá de las circunstancias, pero si es autor (o coautor) del hecho será castigado con una pena de *prisión de dos a cinco años en su mitad superior, multa e inhabilitación especial para profesión u oficio* (en el caso del art. 325) o con la *pena superior en grado* (en el caso del art. 327). (Dichas penas son las que corresponden si el hecho es doloso, pues a tenor del art. 331 CP, se impondrán las penas inferiores en grado cuando el hecho se haya cometido por imprudencia grave). La responsabilidad penal del directivo D por no haber ejercido el debido control sobre el subordinado S no está tipificada específicamente como delito y habrá que determinarla sobre la base de su intervención en el hecho, esto es, de la posibilidad de atribución de responsabilidad en comisión por omisión (como garante omitente) por la no evitación del hecho cometido por S. Sin entrar ahora en detalle en la discusión relativa al título de responsabilidad del garante omitente (autor o partícipe) frente al autor comisivo, el directivo D podría ser responsable en principio como coautor (o en su caso como autor mediato) del hecho y castigado con las citadas *penas previstas —privativas de libertad, multa e inhabilitación— en los artículos 325 y 326 CP*.

La posibilidad de apreciar la comisión por omisión en virtud de la aplicación del art. 11 CP, controvertida ya respecto de la fundamentación de la posición de garante con carácter general, plantea dificultades dogmáticas especiales cuando se refiere a los actores en el ámbito empresarial, y en particular en los supuestos de delegación. Sin embargo, la posibilidad de que también dichas personas físicas respondan en estos casos es muy relevante desde el punto de vista político-criminal para la prevención de la delincuencia en el ámbito empresarial.

3. La intervención omisiva del directivo sobre la base de la tipificación específica de la infracción del deber de vigilancia en el ámbito empresarial: la propuesta de introducción del artículo 286 seis por el Proyecto de reforma de 2013 del CP

Las cosas pueden plantearse de forma diferente en principio (pues ello no excluye en todo caso la posible aplicación del art. 11 CP) si el Código penal previera en este ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas un tipo especial de incriminación por infracción, dolosa o imprudente, de dicho deber de vigilancia o control¹⁷. Y ello es lo que contempla el art. 286 seis (que, correctamente debería ser:

¹⁷ Sí existe tal previsión, sin embargo, en supuestos ajenos a dicho ámbito. Así, entre otras —en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores— la contemplada en el polémico art. 318 CP: “Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se

286 sexies¹⁸) del Proyecto de reforma de 2013 del CP, que se introduce dentro de la nueva sección cuarta bis (del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas) del capítulo XI (de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores) del título XIII (delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico) del Libro II del CP.

El art. 286 seis PRefCP responde a las propuestas normativas contra la delincuencia empresarial, entre ellas las del *Corpus Iuris*, y en particular la contemplada en su art. 12, referido a la responsabilidad penal del directores de la empresa o de quien de hecho posea capacidad de decisión y control dentro de la empresa.

Dicho art. 286 seis PRefCP establece lo siguiente:

“1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.”

No me voy a detener ahora (sí más adelante, al hilo del análisis del § 130 OWiG, similar al art. 286 seis PRefCP pero a su vez con diferencias sustanciales) en cuestiones distintas a las que se refieren fundamentalmente a las consecuencias derivadas de la concurrencia de ambas normas (una general y otra específica) en las que tiene cabida la infracción de deberes de vigilancia o control.

En el art. 286 seis PRefCP se tipifica, pues, la responsabilidad penal de las personas físicas (concretamente, según expresa, el representante legal o administrador de hecho o de derecho) que dejan de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos, como posible responsabilidad añadida a la atribución de responsabilidad a la persona jurídica. Clara y expresamente lo pone así de manifiesto la Exposición de Motivos del PRefCP: “los directivos de las entidades en las que, por falta de adopción de programas de cumplimiento, se cometen delitos de los que deriva

impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.”

¹⁸ Como acertadamente me advierte LUZÓN PEÑA, es incorrecta la numeración que hace el PRefCP como art. 286 “seis”, que viene precedido de la introducción de arts. 286 bis, ter, quater y quinquies. En la denominación latina de los numerales dos veces, tres veces, etc., al seis le corresponde “sexies”. Tal numeración latina es: bis, ter, quater, quinquies, sexies, septies, octies, novies/nonies, decies, undecies, duodecies

responsabilidad para las personas jurídicas¹⁹, no tienen que ser necesariamente responsables de los mismos. Para estos casos se introduce esta sanción, no por la participación en el delito, sino por la falta de implementación de los programas de prevención a que estaban obligados.”. El PRefCP introduce, por tanto, un delito de omisión propia, que prevé un marco penal propio, no derivado de un tipo comisivo como contrafigura del mismo. Pretende ser un tipo de favorecimiento en el que, como veremos, no se contempla la relación de riesgo (necesaria en todo delito de peligro, sea concreto o abstracto, de aptitud) entre la omisión del directivo y la acción del subordinado.

El art. 286 seis PRefCP constituye un tipo subsidiario, en el sentido de que sólo es aplicable al directivo de la empresa cuando la responsabilidad de éste no pueda tener cabida en un tipo que contemple su posible responsabilidad en función de su intervención en el hecho del subordinado. Es decir, en comisión por omisión. Si el directivo responde en comisión por omisión decae su responsabilidad por el art. 286 seis.

Esta consideración del carácter subsidiario frente a la comisión por omisión es también doctrina general en Alemania, pero existen en ella discrepancias acerca de su alcance. La posibilidad de dichas discrepancias en nuestra doctrina la ha resuelto el legislador español con la decisión de incluir, como delito, el art. 286 seis. El PRefCP va más allá de lo que se contempla en la normativa alemana, que incluye este precepto semejante, pero no en el StGB, como delito, sino en la Ley de contravenciones (§ 130 OWiG). El legislador alemán ha considerado que dicha omisión no tiene la entidad suficiente para ser tipificada, en el StGB, como delito de peligro, sino sólo como contravención –castigada únicamente con multa, aunque hasta 1 millón de euros–, incluso aunque el hecho cometido no evitado fuera constitutivo de delito. Sobre esta base, la unanimidad acerca de la subsidiariedad de esta norma específica frente a la comisión por omisión va referida a la subsidiariedad frente a la comisión por omisión en el marco de la OWiG –esto es, en las contravenciones, en virtud de lo dispuesto por el § 8 OWiG–, pero no frente a la contemplada en el § 13 StGB cuando el hecho es constitutivo de delito, que es donde aparecen las discrepancias. Por el contrario, el PRefCP, al prever la tipificación en el CP, resuelve las dudas de si es posible en principio aplicar el art. 11 CP en los casos en que también al directivo de la empresa –y no sólo al subordinado– le fuese imputable el hecho cometido.

Por otra parte, el art. 286 seis PRefCP (así como el § 130 OWiG) tiene una cierta similitud con la citada propuesta de SCHÜNEMANN de modificación del § 13 StGB en lo que se refiere a la equiparación de la “evitación” del resultado con la “obstaculización seria o sustancial” del mismo, pero las consecuencias son claramente diferentes.

En lo que se refiere concretamente al § 130 OWiG, la doctrina dominante en Alemania considera que § 130 OWiG es un tipo residual o de recogida o con función residual o de recogida (*Auffangtatbestand*, *Auffangsfunktion*) o subsidiario, o un delito especial (*Sonderdelikt*), que sólo es aplicable cuando al dueño o directivo de la empresa no le es imputable el hecho cometido.

Por otra parte, si es posible que concurra en el § 130 OWiG una posición de garante –de evitación de hechos delictivos en el ámbito empresarial– en el sentido del § 13 StGB, es algo discutido en la doctrina y en la jurisprudencia. La doctrina alude generalmente a (*eine garantenähnliche Stellung des Betriebsinhabers*) una situación semejante o análoga a la de posición de garante por parte del director de

¹⁹ Debe advertirse que esto, ya de entrada, es contradictorio con con el art. 31 bis CP, pues el art. 286 seis PRefCP no sólo prevé la sanción para el representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, sino también de una organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, en cuyo caso no cabe la responsabilidad de la persona jurídica, con independencia de la posibilidad de aplicación de consecuencias accesorias a la pena, previstas en el art. 129 CP.

la empresa o establecimiento.. En Alemania se ha discutido ampliamente esta cuestión sobre todo como consecuencia de las sentencias del BGH de 17 de julio de 2009 y de 20 de octubre de 2011, en las que el BGH ha reconocido la responsabilidad de la dirección del negocio o empresa (*Geschäftsherrenhaftung*²⁰).

IV. La aplicabilidad del art. 11 CP al directivo (o autorizado por delegación) por la no evitación del delito cometido por el subordinado: los requisitos exigidos en la comisión por omisión

La posibilidad de que el directivo de una empresa responda en comisión por omisión del delito cometido por su subordinado tiene una gran importancia políticocriminal en el ámbito de la criminalidad de empresa en la medida en que existe una habitual divergencia entre acción y responsabilidad en las instituciones jerarquizadas. Constituye una vía con la que poder romper la tradicional tendencia de imputación del hecho hacia las bajas instancias de la jerarquía de la empresa, con las nefastas consecuencias que ello puede tener sobre el efecto preventivo del Derecho penal (y, en su caso, del Derecho administrativo sancionador).

Aún siguen siendo válidas las siguientes observaciones que formulara SCHÜNEMANN hace más de 30 años: “Un hecho punible cometido en el marco de una empresa, es decir, en el contexto de un grupo de personas organizado mediante la división del trabajo, origina, en comparación con un delito cometido en la esfera de la vida privada, problemas específicos de imputación jurídicopenal, sobre todo por la escisión, típica en la empresa, de responsabilidad y acción; esto es: la verdadera lesión del bien jurídico se lleva a cabo a menudo por una persona física, que no es, en este aspecto, verdaderamente responsable o, al menos, no tiene la exclusiva responsabilidad. Desde la perspectiva de la dogmática penal se plantea así la cuestión de hasta qué punto y bajo qué condiciones puede el verdadero titular de la responsabilidad resultar responsable, por omisión, de la comisión de un hecho, o bien (en caso contrario, de un supuesto de hecho típico penal en forma de delito especial que sólo se pueda realizar por el empresario mismo) hasta qué punto y bajo qué condiciones el que actúa realmente como sustituto puede ser perseguido por la vía de la responsabilidad penal del representante. Para el caso de que la responsabilidad por omisión y la del representante (ya sea por razones de dogmática jurídicopenal, ya sea por la típica dificultad de prueba en la criminalidad del empresa) se plantea la siguiente cuestión: si, o bien hasta qué punto, tales defectos podrían verse compensados tanto a través de un supuesto de hecho típico penal o administrativo que describiera la infracción del deber de vigilancia en la empresa, como a través de sanciones contra la empresa misma”²¹.

La responsabilidad del directivo en comisión por omisión precisa, como es natural, que se cumplan, aparte los requisitos comunes a todos los tipos de omisión, los específicos de la comisión por omisión, y que fundamentan que la no evitación del resultado típico por parte del directivo sea equivalente a la causación activa del mismo. Concretamente, en cuanto a los requisitos comunes, la concurrencia de una situación típica (de peligro para un bien jurídico), la capacidad individual de acción, la no realización de la acción indicada para impedir la lesión del bien jurídico y la exigibilidad de realización de dicha acción. En cuanto a los requisitos o elementos específicos de la comisión por omisión, la concurrencia de una posición de garante, la producción de un resultado, y la posibilidad de establecer una relación de imputación objetiva entre el resultado producido y la omisión.

Los requisitos exigidos por la comisión por omisión plantean, como veremos, problemas específicos para su aplicación en el ámbito empresarial, que derivan en algunos casos en la necesidad de adaptar los principios de la dogmática general de la

²⁰ Bajo el concepto *Geschäftsherrenhaftung* suele entenderse la responsabilidad por omisión de un superior, por lo general una persona autorizada o que actúa por delegación, por la no evitación de los hechos delictivos de un subordinado.

²¹ SCHÜNEMANN, B., ADPCP 1988, 531. Y ya con anterioridad en SCHÜNEMANN, B., wistra 1, 1982, 41-50 y, como él mismo señala, anteriormente en su monografía SCHÜNEMANN, B. Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln, Heymanns, 1979.

comisión por omisión a estos supuestos e incluso de introducir propuestas de reforma de mayor calado en la propia norma general por considerar que la regulación vigente de la comisión por omisión no es la más adecuada para resolver el problema de la delincuencia empresarial. Al significado y alcance de dichos requisitos me refiero a continuación, para tratar posteriormente de la necesidad o conveniencia político-criminal de la citada propuesta de SCHÜNEMANN.

1. La posición de garante del directivo como presupuesto

La “posición de garante” es, en general, según la doctrina dominante, presupuesto o requisito de la igualdad de la omisión a la comisión. La esencia de la comisión por omisión radica en la infracción de un deber específico (deber de garante) de evitación del resultado típico. Únicamente quien ostenta una posición de garante es sujeto idóneo de una comisión por omisión. No lo es, por el contrario, un tercero no garante que no evita la producción del resultado aun habiendo podido hacerlo. (Cuestión distinta es, como veremos, si dicha omisión del garante es suficiente para la equivalencia de la omisión con la comisión activa).

La “equivalencia de la omisión a la acción” es el criterio correcto para distinguir las omisiones propias de las omisiones impropias. Sólo “se puede responder” en comisión por omisión por un delito consumado de, por ejemplo, homicidio, cuando la relevancia de la omisión respecto de la producción de la muerte es equiparable a su causación activa. Pero sólo “debe responder” en comisión por omisión quien tenga un “deber especial” de actuar, dirigido a la evitación del resultado. Es decir, quien ostente una “posición de garante” o tenga un “deber de garante”.

En cualquier caso, la consideración del directivo como garante introduce dificultades (o incompatibilidades) en cuanto a su fundamentación por las teorías generales de la comisión por omisión, obligando a una revisión de las mismas si se quiere admitir –como se hace mayoritariamente en la doctrina y en la jurisprudencia– una posición de garante del directivo (o de sus representantes) respecto de los actos de sus subordinados. Un sector de la doctrina entiende, sin embargo, que la responsabilidad propia del subordinado se opone a una posición de garante del directivo. Así, argumenta JESCHECK²² (y en la misma línea RUDOLPHI²³) que contra una posición general de garante del directivo habla el hecho de que no exista en relación con él un precepto semejante al § 357 StGB (relativo a la inducción a un subordinado a un hecho punible, pero referido al funcionario al frente de un cargo: “*Amtsträger*”) o al § 357 WStG (referido al ámbito militar), por lo que no cabe extraer conclusiones de ellos para la esfera privada. Y asimismo tampoco puede deducirse nada en contra de esta postura sobre la base del § 130 OWiG, pues según dicho parágrafo la lesión del deber de vigilancia en la empresa sólo se persigue precisamente como infracción administrativa.

La existencia de una posición general de garante del directivo de una empresa o de sus representantes no puede fundamentarse sobre los pocos preceptos de la parte especial en los que se regula de forma expresa la responsabilidad penal del superior por el comportamiento de sus subordinados (por ejemplo, del § 130 OWiG o del art. 286 seis PRefCP), sino recurriendo a los preceptos generales, del § 13 StGB (o del similar § 8 OWiG) o del art. 11 CP.

Por otra parte, el análisis del fundamento material en el que basar la posición de garante ha sido objeto de estudio por la doctrina especialmente en relación con la responsabilidad penal por el producto, como consecuencia de casos de especial trascendencia. Así, en Alemania, entre otros, los tristemente famosos casos de la *Talidomida-Contergan*, medicamento que en los años 1960 (al menos presumiblemente: causalidad estadística) causó la muerte de unos 2.500 recién nacidos y malformaciones muy graves a otros 4.500 aproximadamente, el del fármaco anticolesterol, *Lipobay*, de la farmacéutica

²² JESCHECK, H. H., LK, 11ª ED., 1993, § 13, nm. 45.

²³ RUDOLPHI, H. J. / STEIN, U. (2009), en SK-StGB, I, 8ª ed. desde 2001, 2009, § 13, nm. 35 a.

Bayer, que en el año 2002 causó 104 muertes y el caso del *Leder-spray* (*spray para el cuero*). Y en España, fundamentalmente el *caso de la colza*.

Los preceptos generales de la comisión por omisión parten de la base de que la equivalencia entre acción y omisión requiere en cualquier caso, como se ha indicado, una posición de garante, por infracción de un especial deber jurídico por parte de quien no evita el resultado. Sin embargo, dichos preceptos (también el art. 11 CP a pesar de su referencia expresa a la obligación legal, contractual o actuar precedente) no resuelven el problema de fondo, consistente en saber cuál es el fundamento en que debe radicar esa posición de garante. La pura existencia de un deber –aun especial, para la evitación del resultado– no es suficiente para fundamentar una responsabilidad jurídicopenal por el resultado.

Para la denominada teoría del deber jurídico formal, el deber de evitar el resultado –y por tal motivo ser garante del mismo– se fundamenta en el deber jurídico (formal) derivado de la ley, el contrato, el actuar precedente o la estrecha comunidad de vida o de peligro. Dicha teoría (e incluso también, por ser demasiado normativista, la teoría de las funciones) es rechazable porque no es capaz de explicar satisfactoriamente lo que resulta esencial a estos efectos: el fundamento material de la obligación de evitar el resultado y con ello la posición de garante. Las prohibiciones de carácter extrapenal (jurídico civil o administrativo), no son suficientes para fundamentar la posición de garante, si bien pueden servir de base para determinar el deber objetivo de cuidado. La teoría de las fuentes o del deber jurídico puede pecar tanto por exceso como por defecto. Pues es posible que, sin vulnerar deber jurídico extrapenal alguno, la omisión del sujeto sea tan grave que pueda afirmarse su equivalencia con la producción activa del resultado. Y al revés: que dicha vulneración no fundamente por sí misma dicha equivalencia con la comisión activa, en cuanto la finalidad de la norma extrapenal en comparación con la penal puede ser muy distinta. Por ese motivo surge la teoría material o de las funciones²⁴.

Sólo puede ser aceptable una teoría que aporte ese fundamento material imprescindible, como pretenden ofrecer las teorías bipartitas, que diversifican los deberes en función del tipo o clase de posición de garante de que se trate. Todas ellas, si bien llegan a resultados semejantes, lo hacen sin embargo con argumentos diferentes²⁵. Pero es la teoría de SCHÜNEMANN, del dominio sobre el fundamento del resultado²⁶, la que se presenta como la más acertada en cuanto no sólo aporta dicho fundamento, sino también en atención al criterio del que surge. Si el legislador equipara determinadas omisiones con el hecho comisivo, dicho fundamento material debe basarse en la semejanza o similitud con el dominio del hecho en los delitos comisivos. Y esas exigencias las cumple el “dominio sobre el fundamento del resultado”, que constituye por ello el elemento central de la posición de garante. En atención a qué se debe o en dónde radica dicho dominio, éste –desde un planteamiento de aplicación general– se descompone en dos formas: dominio sobre el desamparo del bien jurídico (posición de

²⁴ Fundada por KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, O. Schwarz, Göttingen 1959, 282 ss., según el cual hay que distinguir entre las posiciones de garante de protección o custodia (de bienes jurídicos) y las de supervisión y control (de peligros o riesgos), y que ha gozado de una creciente acogida doctrinal que la hace mayoritaria. Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht*, AT, II, Beck, München, 2003, § 32, nm. 6 ss.

²⁵ Por ejemplo, la teoría de las funciones iniciada por Arm. KAUFMANN o la teoría de JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 2ª ed., de Gruyter, Berlin, 1991, 28/14 ss., 29/101 ss., distinguiendo deberes en virtud de competencia institucional y en virtud de competencia por organización. Cfr. ROXIN, AT, II, 2003, § 32, nm. 6 s., 17, y 22 s.

²⁶ La misma tiene su origen en su obra *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, 1971; vers. española: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Con una aportación a la metodología del Derecho penal, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo; prólogo de L. Gracia Martín, Pons, Madrid, 2009.

garante de protección o custodia); y dominio sobre el foco de peligro (posición de garante de vigilancia o aseguramiento)²⁷.

Desde esta perspectiva, la posición de garante de los padres respecto de su bebé, no se fundamenta en la normativa legal (CC) que establece las obligaciones de cuidado o atención, sino en el sentido social consustancial de la situación de dependencia del bebé respecto de sus padres (o de quienes ejerzan como tales) y que por ello originan en éstos la función o el dominio de protección o custodia (aparte de que por eso también se establezcan las obligaciones legales).

Trasladado esto al problema concreto planteado en la criminalidad de empresa, podría decirse (aunque con reservas) que una posición de garante como consecuencia de un deber de protección está prácticamente excluida en este ámbito, pero es posible afirmarla si concurre el *dominio sobre las personas (o las cosas) como posible foco o fuente de peligro de producción de resultados típicos*. Como observa SCHÜNEMANN²⁸, la posición de garante del directivo o del autorizado en la empresa para dar instrucciones puede radicar, o bien en el dominio sobre cosas y procedimientos de ejecución peligrosos, o bien en la facultad jurídica de mando sobre los trabajadores. En este último caso —que es en el que ahora nos centramos— sólo la afirmación del dominio material sobre el sujeto que produce el resultado típico puede dar lugar a que la omisión por parte de quien no impide dicho resultado equivalga a la *intervención activa* en el mismo. Ya veremos si sólo y siempre a título de autor, o también a título de partícipe en comisión por omisión.

Por otra parte, la concurrencia del dominio fáctico sobre la fuente de peligro por los directivos, representantes o administradores de una empresa (y que convierte a éstos, en su caso, en garantes) viene determinada por las características propias del ámbito de referencia: la empresa. Su estructura, organización del trabajo, división de funciones con sus atribuciones correspondientes y posibles delegaciones, etc., no sólo determinan y esclarecen el presupuesto fáctico del dominio (la *posibilidad de intervención* y, desde la otra perspectiva, la *posibilidad de evitación del resultado típico* cometido por el subordinado), sino que constituyen al mismo tiempo la base para afirmar el *deber jurídico de evitación del resultado* y con ello la posición de garante por parte de quien asume el compromiso de aceptación del cargo, a pesar de que el subordinado sea un tercero responsable (con su propia responsabilidad en su caso). Ese deber de evitación ha de derivarse exclusivamente de las específicas medidas de dirección de la empresa, pues el comportamiento relevante del subordinado a estos efectos es sólo el susceptible de motivación por dichas medidas: esto es, cuando actúa en interés de la empresa.

Si el subordinado-comitente actúa en interés de la empresa se podrá suponer, en principio —como observa SCHÜNEMANN²⁹—, que se le podía haber inducido hacia un comportamiento conforme a las normas a través de una adecuada dirección, control y coordinación. Por el contrario, cuando el subordinado actúa en propio interés, se produce un distanciamiento de las instrucciones de acción internas del grupo, por lo que el comportamiento del subordinado ya no es dirigible con los medios normales de control.

2. La equivalencia de la omisión a la acción

El deber de garante (o la posición de garante) es, como se ha indicado, presupuesto de la comisión por omisión, pero no determina por sí mismo la

²⁷ SCHÜNEMANN, B., El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría, trad. Mariana Sacher, en Derecho Penal y Criminología. Rev. del ICPCrim, Univ. Externado de Colombia, vol. XXV, N.º. 75, 2004, 13-25, *passim* y en particular pp. 20 ss.

²⁸ SCHÜNEMANN, B., ADPCP 1988, 537.

²⁹ SCHÜNEMANN, B., ADPCP 1988, 540.

equivalencia de la omisión con la comisión activa. Para ello es preciso además que la omisión cree un riesgo que se realice en el resultado típico. O dicho de otra manera: la responsabilidad en comisión por omisión requiere constatar, por una parte, o en primer lugar, una situación de garantía o de posición de garante; y, por otra parte, verificar que existe una situación de concreta identidad estructural y material en el plano normativo³⁰ entre la omisión cometida y la comisión activa, esto es, la creación de un riesgo por la omisión.

Este planteamiento es compatible con el tenor literal del inciso primero del art. 11 CP: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación”. La infracción del deber jurídico es necesaria, pero no suficiente, para la equivalencia. Ésta requerirá un juicio adicional para su constatación. Por otra parte, la equivalencia que dicho inciso establece entre la “no evitación” y la “causación” indica que el precepto se restringe a los delitos de resultado material y asimismo sólo a la autoría en comisión por omisión.

En consecuencia, para que el directivo de la empresa (garante) que no evita la realización de un hecho delictivo por su subordinado pueda responder de dicho resultado en comisión por omisión es preciso que su omisión de vigilancia o control equivalga a la realización activa del mismo. La diferente estructura ontológica de la omisión frente a la acción lleva a la doctrina dominante a negar la causalidad de la omisión y, en consecuencia, a negar que la omisión –por consistir en un no hacer– pueda crear un riesgo. Sin embargo, por una parte, para un sector doctrinal, dicha estructura ontológica no impide hablar de causalidad en la omisión, aunque, ciertamente origina que la causalidad comisiva sea diferente a la causalidad omisiva. Y por otra parte, esas diferencias en el plano empírico no impiden apreciar la identidad en un plano normativo, en el que sí cabe afirmar la creación de un riesgo y su realización en el resultado por parte de la omisión.

En el primer sentido se manifiesta expresamente ROXIN³¹, quien admite que se puede hablar sin reparos de una causalidad en la omisión, pero distinta a la causalidad comisiva. Dicha diferencia radica en que mientras la causalidad activa presupone que, al lado de la conexión conforme a las leyes entre el comportamiento del autor y el resultado, se produce una aplicación o entrada de energía “positiva”, la causalidad omisiva se limita, sin embargo, a la conexión conforme a las leyes entre la omisión y el resultado.

Respecto de la posible identidad en un plano normativo, observa SILVA SÁNCHEZ³² lo siguiente: “... de la combinación de la adopción de un compromiso de protección y su posterior incumplimiento (esencia de la comisión por omisión) sí cabe extraer la idea de que surge, en términos normativos, una situación de riesgo, susceptible de realizarse en un resultado. En definitiva, pues, comisión activa y omisión, que se muestran diversas en el plano empírico, por darse en la primera una causación del resultado y en la segunda no, se mostrarían en cambio, en algunos supuestos, idénticas en el plano normativo, al producirse en ambas una creación de riesgo y una realización de riesgo en el resultado. Puede decirse que tal identidad estructural y material en el plano normativo entre comisión activa y omisión se produce cuando el sujeto, habiéndose comprometido materialmente a controlar riesgos concretos para bienes jurídicos determinados en situaciones asimismo determinadas, incumple luego ese compromiso permitiendo que el riesgo se actualice y acabe realizándose en el resultado. Pues la forma de

³⁰ Cfr. En este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*, 1986, 339 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *DP Circulación*, 2ª, 1990, 175 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Estudios Penales*, 1991, 235 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión ¿Un caso de dolo alternativo?*, *PJ* 24, 1991, 208 ss. (205 ss.).

³¹ ROXIN, *AT II*, 2003, § 31, nm. 42 s.

³² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Omisión impropia o comisión por omisión*, en LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, 971 (970-974).

control del riesgo consistente en haberse comprometido a su contención y después, en el momento en que tal contención debe hacerse efectiva, no contenerlo, es normativamente idéntica al control del mismo por la vía de la causación activa”.

En cualquier caso, la posibilidad de afirmar que la propia omisión crea o incrementa el riesgo de producción del resultado es más problemática en los supuestos de garante omitente frente a autor comisivo que en aquellos otros en que éste no interviene³³. Es decir, cuando el garante no impide la producción del resultado por un tercero responsable de sus actos (por ejemplo, el subordinado respecto del directivo de la empresa), y quizá en mayor medida cuando éste actúa con dolo que cuando lo hace por imprudencia.

3. La posibilidad de prueba de la relación de (causalidad o de) imputación objetiva entre el resultado producido y la omisión

Un aspecto de trascendental importancia práctica tanto en general como en el ámbito de la criminalidad de empresa en particular es el relativo a la prueba de la relación de causalidad o de imputación objetiva entre el resultado producido y la omisión.

Para que el directivo de la empresa que no evita la realización de un hecho delictivo por su subordinado pueda responder del correspondiente delito consumado en comisión por omisión no basta con que pueda afirmarse la mencionada equivalencia omisión-acción (que su omisión de vigilancia o control equivalga a la realización activa del hecho), sino que además es preciso poder probar que entre la omisión y el resultado existe una relación de causalidad (para quienes, como vimos, admiten la causalidad en la omisión) o de imputación objetiva (para la doctrina dominante, que niega la posibilidad de causalidad en la omisión). La denominada cuasicausalidad o causalidad hipotética, a la que recurre la doctrina dominante, es un juicio de imputación objetiva cuyo objeto es verificar que el riesgo creado por el directivo mediante el incumplimiento de su deber de vigilancia o control se ha realizado en el resultado. O dicho de otra manera, se trata de constatar, mediante un juicio hipotético, si el cumplimiento, por parte del directivo, de las debidas medidas de vigilancia o control habría evitado el resultado. Dicha condición es, por otra parte, indispensable para la sanción en los casos de omisión imprudente, que, al igual que la comisión activa imprudente, sólo se sancionan por delito consumado.

En comparación con los supuestos de comisión activa, la creación del riesgo por la omisión es la que se deriva de la no evitación del resultado. Retomando un ejemplo antes mencionado, si un hombre observa impasible cómo una madre asfixia a su bebé, no cabe duda de que quien crea el peligro es la propia madre; el hombre, con su omisión, ni lo crea ni lo incrementa. Pero responderá de homicidio en comisión por omisión si –concurriendo en él, por ser por ejemplo el padre, una posición de garante, es decir, un deber especial de evitación del resultado– se verifica *ex post* que la acción omitida por él habría podido evitar la muerte del bebé con una seguridad rayana en la certeza (porque se trataba de un sujeto corpulento y con posibilidad de acción). Dicha muerte sería imputable objetivamente no sólo a la madre, sino también –ya veremos *infra* III.2 d si como autor o como partícipe– al padre (pues la imputación se deriva de la evitación debida, en cuanto también a él le corresponde el dominio sobre el desamparo del bien jurídico, en atención a su posición de garante de protección o custodia). Por el contrario, si se tratara de un sujeto igualmente corpulento, pero no garante, la no evitación de la muerte en las mismas circunstancias no daría lugar a responsabilidad por homicidio, aunque sí podría constituir un delito de omisión propia (omisión del deber de socorro, art. 195; o del deber de impedir determinados delitos, art. 450). La posición de garante es un presupuesto o requisito de la igualdad a la comisión.

³³ Así, en el clásico ejemplo de la madre (o el padre) que no amamanta (o alimenta) al recién nacido, muriendo éste por tal motivo.

Ahora bien, como en los juicios hipotéticos no es posible afirmar con absoluta certeza dicha relación (lo cual sucede incluso en algunos casos de contribución activa a pesar de ser susceptibles de análisis empírico desde una perspectiva *ex post*), pudiendo caber un margen de error, la doctrina dominante considera suficiente –pero al mismo tiempo imprescindible– poder afirmar que la acción omitida habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza o seguridad. Y con ello rechaza, en consecuencia, que para dicha imputación sea suficiente con haber omitido la acción que posiblemente habría evitado el resultado; es decir, que el garante hubiera ofrecido, aunque sólo fuera *ex ante*, una posibilidad realista de evitación del resultado.

La solución correcta es la que atiende a una consideración *ex ante* o *ex post* de la relevancia de la acción omitida sobre la producción del resultado³⁴. Si desde una perspectiva *ex post* se verifica que la (debida o exigible) vigilancia o control del directivo de la empresa habría llevado, con una probabilidad rayana en la certeza, a una modificación del curso causal que evitaría la comisión del delito por su subordinado (o que disminuiría el riesgo de su comisión hasta el punto de que la producción del resultado no sobrepasaría los límites del riesgo permitido), entonces es posible³⁵ imputar el resultado (también) al directivo³⁶. Si, por el contrario, no consta dicha probabilidad rayana en la certeza, no cabe afirmar la causalidad ni la imputación del resultado al directivo, aunque se presentara como posible afirmarla desde una perspectiva *ex ante*. Si no es segura una real disminución del riesgo de comisión del delito por parte del subordinado como consecuencia de la vigilancia o control por parte del directivo, la imputación a éste del resultado chocaría contra el principio *in dubio pro reo* y convertiría el delito de lesión en un mero delito de peligro³⁷.

Y es precisamente este problema –la posibilidad de probar la causalidad hipotética– el que impide o dificulta de manera especial la aplicación de la comisión por omisión en el ámbito empresarial. En el marco de una estructura empresarial es muy difícil (o imposible) sostener que la previsión e implementación de las medidas de vigilancia o control, por excelentes que sean, pueden evitar cualquier resultado dañoso, aun restringido al contexto empresarial, con una probabilidad rayana en la certeza. Los estudios sobre riesgos, y fundamentalmente sobre la base de la incontrolabilidad del factor humano, ponen de manifiesto precisamente lo contrario. Asimismo esta es la razón fundamental de la que surge la propuesta de SCHÜNEMANN de modificar el § 13 StGB, equiparando la evitación con la obstaculización sustancial. De ella se deriva una clara ampliación de la posibilidad de aplicar la comisión por omisión, pues frente a la prueba

³⁴ En este sentido, ROXIN, AT II, 2003, § 31, nm. 54 ss.

³⁵ El hecho de que el subordinado sea un tercero responsable no anula por sí mismo dicha posibilidad, si bien puede ser, según los casos, determinante para excluir la responsabilidad del superior. Así, cuando cabe la invocación por parte de éste de la concurrencia objetivamente fundada del principio de confianza.

³⁶ Nos referimos aquí, desde esta perspectiva, únicamente a la posibilidad de afirmar en principio la (causalidad y/o) la imputación objetiva del resultado y no ya a la afirmación de la responsabilidad del directivo por este motivo. Ciertamente, el principio de autorresponsabilidad (que, valga la redundancia, parte en principio de que no existe un deber de controlar comportamientos de terceros responsables, como aquí es el caso del subordinado) no excluye la posibilidad de que el directivo sea responsable del hecho cometido por el subordinado por no haberlo impedido, pero para ello es preciso que el directivo ostente una posición de garante a esos efectos (como suele ser el caso en el marco de la organización empresarial). Ahora bien, si concurre la invocación objetivamente fundada del principio de confianza del directivo respecto del subordinado en relación con el hecho cometido por éste, dicha concurrencia, o bien excluye la imputación objetiva del hecho al directivo, o bien ya la posición de garante misma del directivo, con lo que entraría en aplicación el principio de autorresponsabilidad.

³⁷ En este sentido, ROXIN AT II, 2003, § 31, nm. 60.

de que la acción omitida habría evitado la producción del resultado, bastaría con poder probar que la acción de vigilancia o control (omitida por el directivo) habría dificultado sustancialmente la comisión del delito por el subordinado. Y esto es mucho más objetivamente verosímil de sostener, como lo demuestran asimismo los análisis de riesgos. El propio SCHÜNEMANN reconoce que ello constituye un “aligeramiento de la prueba completa de la causalidad”³⁸ exigida por el Derecho penal vigente.

4. Autoría o participación del directivo (garante omitente) junto al subordinado (autor comisivo)

Si la concurrencia del garante omitente (directivo) junto al autor comisivo (subordinado) es ya problemática –como hemos visto– para afirmar que la propia omisión crea un riesgo que se realiza en el resultado, también lo es, y en mayor medida si cabe, para decidir si el directivo que no impide la producción del resultado es autor o partícipe.

Como es sabido, un relevante sector de la doctrina establece la fundamentación de la autoría en función de una graduación valorativa entre deberes de garante. Así, sintéticamente, algunos suelen distinguir entre deberes de *garante protector o de protección* –el que tiene que preservar de todo peligro, venga de donde venga, un bien jurídico perteneciente al ámbito de protección, deberes que siempre fundamentan la autoría–, y deberes de *garante de vigilancia o control*, que no está obligado frente al bien jurídico, sino frente al control o vigilancia de la fuente de peligro que debe controlar³⁹, y que en principio o la mayoría de las veces sólo pueden conducir a una participación por omisión.

Y en esta línea, si bien con otros criterios de delimitación y con consecuencias diferenciadas, se distingue también entre *deberes en virtud de competencia institucional*, cuya infracción da siempre lugar a la autoría, y *deberes en virtud de competencia por organización*, los cuales no dan siempre lugar a participación, sino también en algunos casos a coautoría⁴⁰.

Ese planteamiento llevaría a la consecuencia de que el directivo que omita el deber de vigilancia o control sería partícipe. Pero eso no es convincente, porque las diferentes clases de posición de garante, en función del diferente contenido del deber, no es el criterio adecuado para determinar, según cuál sea la que concurra, la apreciación de autoría o participación. Por una parte, porque no siempre es clara ni incluso posible su diferenciación (se trata incluso de funciones intercambiables)⁴¹ y, por otra, porque la propia base legal (§ 13 StGB; art. 11 CP) tampoco restringe el deber de garante al de protección, excluyendo el que pueda derivarse de la infracción del deber de vigilancia o control. Antes al contrario –trasladando también a nuestro Derecho la opinión de ROXIN–, “de la ley se desprende de manera inequívoca un deber de evitación del resultado, y con ello, un deber de protección del bien jurídico amenazado, para todas

³⁸ SCHÜNEMANN, B., ADPCP 1988, 541.

³⁹ Distinción fundada (cfr. supra n. 24) por KAUFMANN, ARMIN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte 1959, pp. 282 ss., y seguida por la doc. mayoritaria: cfr. ROXIN, AT II, 2003, § 32, nm. 6, 18 ss.; y sobre las posiciones que distinguen posiciones de garante que fundamentan siempre autoría y posiciones de garante que fundamentan en principio o generalmente sólo cooperación § 31 nm 158 ss.

⁴⁰ Así JAKOBS, AT, 2ª, 1991, 28/14 ss., 29/101 ss.

⁴¹ En el mismo sentido –refiriéndose al responsable de cumplimiento– cfr. ROBLES PLANAS, R., El responsable de cumplimiento (‘Compliance officer’) ante el Derecho penal, en SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas, Atelier, Barcelona, 2013, (319-331), 327.

las posiciones de garante⁴². Asimismo, la ley tampoco restringe a los hechos dolosos el deber de evitar el resultado, sino que comprende también la modalidad imprudente, en absoluto incompatible con el carácter especial del deber infringido.

Respecto de la calificación de autor o partícipe del garante omitente frente al autor comisivo existen dos líneas de opinión contrapuestas. Para una de ellas, el garante omitente es siempre y sólo autor y, para la otra, sólo es cooperador,

Un sector de la doctrina parte como principio de un concepto unitario de autor en la omisión. A resultados semejantes (pero excluyendo los casos excepcionales de falta de realización del tipo) llega ROXIN⁴³ sobre la base de su concepción de los delitos de omisión como delitos de infracción de deber. El omitente es autor siempre que cumpla los criterios de equivalencia y los demás presupuestos o requisitos del tipo: el criterio de autoría no es el dominio del hecho sino la infracción del deber de evitar el resultado.

Otro sector (encuadrado en la denominada teoría de la cooperación unitaria) considera, por el contrario, que el garante omitente junto al autor comisivo será sólo cooperador, porque el omitente es sólo una figura marginal al lado del autor comisivo: éste domina el hecho y bloquea al garante el acceso directo al resultado.

Frente a estas dos opiniones extremas, la solución correcta discurre por el camino intermedio: el directivo puede ser, según las circunstancias, autor o partícipe; e incluso en casos excepcionales, ni siquiera partícipe. Si la omisión equivale a la realización comisiva de un tipo de la parte especial –es decir, si determina o codetermina la lesión del bien jurídico por parte del tercero responsable– estaremos, respecto de la autoría del otro en comisión activa, ante una comisión por omisión en concepto de autoría accesoria o de coautoría, según las circunstancias. Debe reconocerse, sin embargo, que si bien en general el incumplimiento de un deber de control de riesgos procedentes de fuentes naturales sí puede equivaler en principio a la autoría (determinación objetiva y, con dolo, dominio) de la causación activa del resultado –aunque alguna opinión sostiene que raras veces proporciona un grado de control suficiente sobre el curso causal lesivo como para resultar equivalente a la autoría del correspondiente delito de resultado–, casi nunca lo hará cuando el garante omitente concurre con el autor comisivo.

Cuando el garante de control deja de controlar una fuente de peligro natural que él tenía controlada para que fuera mínimo, irrelevante y evitar la lesión, ese es el supuesto más claro en que se crea o incrementa decisivamente el peligro, ahora descontrolado, descontentido, hacia la lesión –se retira el compromiso o barrera de contención, se desestabiliza un foco o fuente de peligro de modo que supera el riesgo permitido– y, por tanto esa conducta determina objetivamente el curso del hecho: autoría imprudente o incluso dolosa. En cambio, esa equivalencia será mucho más problemática en las posiciones de garante de protección o custodia de un bien jurídico (seguramente salvo que haya una situación de total desamparo del sujeto pasivo, como en un bebé, inválido etc.).

Si, por el contrario, no se da esa relación de equivalencia con la realización comisiva –porque la omisión sólo favorece o posibilita la lesión del bien jurídico– pero sí cabe afirmarla con un tipo de participación, entonces estaremos ante una participación en comisión por omisión⁴⁴. Ahora bien, esta no será la única consecuencia necesaria

⁴² ROXIN, AT II, 2003, § 31, nm. 162.

⁴³ ROXIN, AT II, 2003, § 31, nm. 132 ss. y 140 ss.

⁴⁴ En palabras de SILVA SÁNCHEZ, J. M., en LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 974: “... si es posible establecer que la omisión realizada es una omisión ‘idéntica estructural y materialmente’ (equivalente según el texto de la ley) con la realización comisiva de un tipo de la Parte Especial, es obvio que nos hallaremos ante una comisión por omisión en concepto de autor (autor accesorio o coautor, según las circunstancias, respecto a la autoría en comisión activa). No obstante, se da la posibilidad de que no quepa establecer tal relación de perfecta identidad normativa entre la omisión con la realización comisiva

ante la negación de la autoría, pues si en la participación por omisión –siguiendo a LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, PAREDES CASTAÑÓN y RODRÍGUEZ MESA⁴⁵– se exige también una contribución del omitente que sea equivalente a la del cooperador activo, entonces la omisión del deber de vigilancia o control sólo será cooperación cuando dicha omisión constituya una aportación suficientemente relevante para la producción del resultado.

5. La propuesta de SCHÜNEMANN, de modificación del § 13 StGB

Como indicaba en la introducción, el plantear esta propuesta (u otras, en su caso) radica en el reconocimiento de la existencia real de un problema (particularmente, entre otros, la difícil prueba de la causalidad y como consecuencia de ello el limitado efecto preventivo en la criminalidad de empresa) y en la acertada consideración de que el mismo no debe resolverse con la flexibilización de las categorías dogmáticas o con la reformulación, a la baja, del concepto de relación de causalidad. Si dicho problema no encuentra solución con el incremento o modificación de alternativas extrapenales, lo que se plantea es, en primer lugar, si cabe la posibilidad de ofrecer alternativas técnico-jurídicas que, siendo respetuosas con los principios limitadores del *ius puniendi* y con las categorías dogmáticas, puedan prescindir de la exigencia de relación de causalidad, y, en segundo lugar, si esta propuesta concreta, de modificación del § 13 StGB, cumple tales condicionamientos.

En el marco de la responsabilidad penal por productos defectuosos, PAREDES CASTAÑÓN⁴⁶ considera que son dos las posibles formas de responsabilidad alternativa a la basada en la causación del resultado lesivo. La primera, la imputación por riesgo, que abre una pluralidad de alternativas de regulación intermedias entre el delito de peligro concreto y el delito de resultado lesivo. La segunda, la responsabilidad en virtud únicamente del hecho de que el resultado tenga lugar dentro de la esfera de responsabilidad del sujeto, que podría configurarse de dos modos distintos: crear una figura típica de favorecimiento (un delito de peligro abstracto de aptitud), o crear un tipo de omisión propia agravado.

Si las mencionadas dificultades probatorias de la causalidad impiden afirmar la relación de la omisión del deber de control por parte del directivo (garante) con el hecho cometido por su subordinado y de esa forma se imposibilita la autoría o participación en comisión por omisión y con ello la aplicación de una pena que se considera debe ser más grave (porque se trata de un garante) que la derivada de la comisión de un delito de omisión pura, una vía de solución de este problema sería la de crear un delito de omisión propia agravado, u omisión pura de garante⁴⁷. De esta forma, la pena podría ser más grave que la del delito genérico de omisión pura y más leve que la del delito de resultado correspondiente. Y sólo sería preciso que el hecho se hubiese cometido dentro de la esfera de responsabilidad del sujeto, sin necesidad de haber sido causado por la omisión del garante. Esta vía permitiría sancionar al directivo incluso aunque el resultado no se hubiese producido. Ahora bien, ello requeriría delimitar adecuadamente el círculo de sujetos obligados por el correspondiente deber de actuación. Otras

del tipo de la Parte Especial y sí, en cambio, con un tipo de participación. En tal caso se tratará de una participación en comisión por omisión.”

⁴⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., Estudios Penales, 1991, 243-246; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., PJ 24, 1991, 206-211; PAREDES CASTAÑÓN, J.M., La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*”, en Corcoy Vidasolo, M. (Dir.)/Lara González, R. (Coord.), Derecho Penal de Empresa. Universidad Pública Navarra, 2002, (403 ss.) 2002, 421 y n. 37; RODRÍGUEZ MESA, M. J. (2013), 107 ss., siguiendo a LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

⁴⁶ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en Corcoy/Lara, DP de Empresa, 2002, *passim*, y especialmente 413-424.

⁴⁷ Sobre la conveniencia de que para resolver adecuadamente determinados casos se debieran crear tipos de omisión pura de garantes se ha pronunciado ya hace muchos años. SILVA SÁNCHEZ, J. M. El delito de omisión, 1986, 343 ss.

posibilidades serían, como se ha indicado, la imputación por riesgo o la creación de un tipo especial, de favorecimiento, de peligro abstracto de aptitud, o concreto-abstracto de peligro, como veremos propone SCHÜNEMANN como alternativa al § 130 OWiG. En consecuencia, existe la posibilidad de ofrecer alternativas técnico-jurídicas.

Pero es cuestionable, como veremos, esta otra propuesta concreta de SCHÜNEMANN, de modificación del § 13 StGB. Si dicha propuesta, de equiparar la evitación del resultado con su obstaculización o dificultamiento para apreciar la comisión por omisión se aplicara al garante omitente en general, ello llevaría a consecuencias muy difíciles de aceptar desde el punto de vista político-criminal.

Así, retomando el ejemplo antes expuesto (y siempre que se acepte que en el mismo la omisión no sólo se corresponde sino que equivale a la acción), si el padre permanece impasible mientras la madre asfixia al hijo de ambos, el padre respondería de dicha muerte en comisión por omisión si desde una consideración *ex post* se verificara que con su intervención habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza. Y eso sería verosímil si, por ejemplo, como suele suceder, el padre es físicamente bastante más fuerte que la madre y, naturalmente, tenía la posibilidad de actuar. Si, por el contrario, se invierten los papeles y es la madre quien observa impasible la asfixia del niño por el padre, para que la madre respondiera de la muerte en comisión por omisión sería suficiente con que de la misma forma se verificara que con su intervención habría dificultado el resultado. Y eso sería igualmente verosímil aunque la madre sea, como suele ser, físicamente menos fuerte que el padre. Esto, desde el punto de vista dogmático, no resulta convincente para equiparar la omisión a la acción; ni tampoco justificable desde el punto de vista políticocriminal.

Pero estas consecuencias no anulan, sino apoyan, la propuesta de SCHÜNEMANN en la medida en que en estos casos de criminalidad común –a diferencia de en la criminalidad de empresa– no concurren las razones que la motivan: la especial dimensión de dicha criminalidad (y que por ello es preciso aumentar el efecto preventivo frente a ella) y su particular dificultad de prueba. No obstante, aun compartiendo estos presupuestos, contemplar este tratamiento diferenciado ya en los propios principios generales que rigen la comisión por omisión no encuentra apoyo en la doctrina, la cual, o bien se opone a ello, o bien lo considera discutible desde el punto de vista políticocriminal. De hecho, a pesar de los años transcurridos, aún sigue siendo una propuesta. Quizá porque, como observa BOTTKÉ, supone una intromisión importante en la dogmática general de la imputación en Derecho penal y, como cualquier Derecho especial, levanta la sospecha de no ser justo, y hasta ahora tal sospecha no ha sido disipada⁴⁸. La doctrina española, que en menor medida que la alemana se ha pronunciado sobre esta cuestión, también comparte la postura de rechazar que las omisiones punibles en el ámbito de la criminalidad empresarial se regulen con base en principios diferentes a los que disciplinan la doctrina general de la omisión. Se admite, por el contrario, que esas propuestas diferenciadoras, necesarias, discurren por otras vías.

Así, BOTTKÉ, quien expresamente manifiesta que los vigentes presupuestos de responsabilidad penal del autor no deben reformarse, considera, sin embargo, que sería aceptable una regla más moderada, semejante a la del § 357 StGB, al que reemplazaría con el siguiente tenor literal: "Quien, como superior habilitado para dirigir a sus subordinados en una empresa o unidad de explotación o en un departamento, incitara a la comisión de delitos referidos a esa empresa, unidad de explotación o departamento, o tolerara que se cometieran tales hechos antijurídicos, será merecedor de la pena asignada al autor de ese hecho antijurídico. Lo mismo rige para los miembros de una empresa, unidad de explotación o departamento, a los que hayan sido transferidos la vigilancia o control sobre las actividades desempeñadas por otros

⁴⁸ Así BOTTKÉ, W., Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania, Revista Penal 4 1999, (21 ss.), 29.

miembros de la empresa, unidad de explotación o departamento, en tanto el hecho antijurídico cometido por éstos pertenezca al ámbito de actividades que el sujeto debió vigilar o controlar"⁴⁹.

Ahora bien, si se analizan las consecuencias prácticas derivadas de la regulación vigente del § 13 StGB y de la propuesta de modificación de SCHÜNEMANN, puede observarse que las mismas que no son tan diferentes en algunos casos. Cuando el hecho cometido por el subordinado es imprudente, si el directivo hubiera ejercido la vigilancia o el control debidos, con una probabilidad rayana en la certeza habría dificultado con ello la comisión del hecho por el subordinado: pero en la misma medida también lo habría evitado, por tratarse de un hecho imprudente. Por el contrario, si el hecho cometido por el subordinado es doloso, la verificación de la causalidad de la acción omitida es más verosímil respecto de la obstaculización de la producción del resultado que respecto de su evitación. Todo lo cual (si la mayor criminalidad de empresa, o la más preocupante, es la dolosa)⁵⁰ no contradice, sino que apoya de nuevo la propuesta de SCHÜNEMANN, con independencia de que, por otros motivos, se acepte o no. Por otra parte, ubicándose esta propuesta en el § 13 StGB, cabe asimismo pensar que su eficacia preventiva sería mayor que si una disposición semejante se contemplara en un precepto de la Parte Especial.

Sin embargo, esta propuesta de modificación del § 13 StGB resulta cuando menos extraña o distorsionante, pues da lugar a que en un mismo precepto –de la Parte General– convivan dos principios contradictorios con los mismos efectos. Para solucionar un problema de prueba se propone, en definitiva, identificar un factor (esencial para la igualdad a la comisión) con su contrario. Las consecuencias que de ello se derivan son las siguientes: a) que, en general, la responsabilidad en comisión por omisión por un delito consumado requiere (al igual que un delito de acción) la imputación objetiva del resultado; esto es, que la no evitación del riesgo mediante la acción omitida se realice efectivamente en el resultado, y esto sólo puede decidirse afirmativamente si *ex post* se comprueba que el resultado se habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, mediante la acción omitida. De esta forma, la responsabilidad por el delito consumado comprende tanto el desvalor de acción como el desvalor del resultado. Si falta éste y la omisión es dolosa, sólo cabe apreciar tentativa. b) que, en el ámbito empresarial (en el supuesto de hecho concreto de la propuesta), la responsabilidad en comisión por omisión por un delito consumado no requiere la no evitación del riesgo, sino que basta con su obstaculización sustancial, es decir, con el desvalor de la acción omitida.

Estas objeciones no significan, sin embargo, como ya he señalado antes, que no puedan e incluso no deban (en determinados sectores, más que en general) existir opciones técnico-jurídicas alternativas que añadan nuevas formas de imputación con carácter complementario a las que requieren la relación de causalidad, pues las mismas son posibles y sin duda necesarias. Pero no el contexto del § 13 StGB (o, en su caso, del art. 11 CP).

De todas formas, esta propuesta de modificación no es tan distorsionante en dicho párrafo alemán como lo sería en nuestro art. 11 CP, porque la correspondencia (§ 13 StGB: “entspricht”) no es exactamente lo mismo que la equivalencia (art. 11 CP: “equivalga”) y porque sólo en aquél precepto, y no en el nuestro, se prevé la posibilidad de atenuación de la pena. De hecho, como puede apreciarse, en la propuesta citada de

⁴⁹ BOTTKE, W., Revista Penal 4 1999, 29 y n. 23.

⁵⁰ No se olvide, por otra parte, que la responsabilidad penal prevista para las personas jurídicas es excepcional por hechos imprudentes.

SCHÜNEMANN, de 1996, la atenuación facultativa se convierte en obligatoria en esos casos, con lo que es factible el necesario respeto al principio de proporcionalidad, imposible o en cualquier caso más difícil con nuestro art. 11 CP.

V. La tipificación específica de la infracción del deber de vigilancia en la empresa: el § 130 OWiG y su referencia comparativa con el art. 286 seis PRefCP

El mantenimiento de la regulación general vigente de la comisión por omisión origina que los indudables déficits preventivos derivados de ello sobre la criminalidad de empresa haya que compensarlos por otras vías, bien a través de sanciones contra la empresa misma, bien mediante la *tipificación específica de la infracción del deber de vigilancia en la empresa*⁵¹. Sólo a esto último me referiré a continuación.

Esta tipificación (que en opinión de SCHÜNEMANN⁵², en comparación con la responsabilidad de garante, sólo puede jugar desde un principio un papel de “parche”, cualquiera que sea el modo en que se construya) debe respetar en cualquier caso los principios jurídicoconstitucionales y los exigibles desde el punto de vista dogmático (así, el principio de culpabilidad y el principio de determinación), y resultar asimismo aceptable desde el punto de vista políticocriminal, tanto en atención a su aplicabilidad sobre la base de los requisitos exigidos en su concreta regulación, como en atención a las consecuencias jurídicas, cuya previsión, para ser preventivamente eficaz, debe contemplar penas adecuadas a la gravedad de la lesión del bien jurídico, incluidas las privativas de libertad. Y según SCHÜNEMANN (en contra de lo que opinan otros autores), nada de esto cumple el § 130 OWiG (Ley de Contravenciones, es decir, infracciones administrativas): “el supuesto de hecho típico de multa del § 130 OWiG no solamente no ofrece ventajas políticocriminales dignas de mención frente a la responsabilidad de garante, sino que tampoco es compatible con el principio de determinación ni con el principio de culpabilidad, y es por ello inconstitucional”⁵³.

Analizo a continuación, brevemente, algunos aspectos críticos relevantes del § 130 OWiG, trasladándolos, comparativamente, a la regulación prevista por el art. 286 seis PRefCP, pero sin entrar en este momento en un análisis más detenido de este precepto.

1. Las consecuencias jurídicas previstas en el tipo

Uno de los aspectos relevantes para la eficacia de la respuesta penal ante la criminalidad de empresa es el referido a las consecuencias jurídicas previstas en los tipos correspondientes. Dadas las características de dicha criminalidad, la previsión exclusiva de sanciones pecuniarias no es adecuada desde el punto de vista preventivo, tanto en atención a la elevada capacidad económica de este tipo de delincuentes y de la posibilidad de repercutir el coste a terceros, como en función del ataque al bien jurídico, que requiere (aunque sea de forma alternativa) otro tipo de penas cuando se trata de bienes jurídicos especialmente importantes (vida, integridad física, libertad, etc.) o por la gravedad de su ataque (dolo o imprudencia).

La tipificación específica de la infracción del deber de vigilancia en la Ley de contravenciones en el Derecho alemán origina que el § 130.3. OWiG prevea

⁵¹ Conviene recordar que esta tipificación (como delito de omisión propia) de la pura infracción del deber de vigilancia no obsta para que, en su caso, el directivo pueda responder en comisión por omisión del hecho materialmente ejecutado por su subordinado.

⁵² SCHÜNEMANN, B., ADPCP 1988, 547.

⁵³ SCHÜNEMANN, B., ADPCP 1988, 550.

exclusivamente sanciones administrativas pecuniarias, aunque éstas puedan llegar en los casos más graves (cuando la lesión del deber de vigilancia esté sancionada con pena) hasta 1 millón de euros. Como observa BOCK⁵⁴, lo decisivo es el reproche individual frente al titular de la empresa, la importancia de la infracción del deber de vigilancia y el significado y la gravedad que la contravención tiene para la empresa.

Las objeciones preventivas en función de las consecuencias jurídicas alcanzan, pues, de lleno a la alternativa de tipificación de una mera contravención administrativa seguida en el Derecho alemán. Por el contrario no son aplicables –en lo que se refiere a este motivo– a la que propone el PRefCP, pues no sólo incluye la posibilidad de imponer (en función, entre otras cosas, del bien jurídico afectado) penas pecuniarias o privativas de libertad o de derechos, sino también la diferenciación en función del desvalor de acción. Las penas se reducen considerablemente cuando la omisión del directivo fue imprudente, aunque para estos casos sólo se prevé la pena de multa, de tres a seis meses. Por otra parte, otorga una relevancia especial a las penas privativas de derechos (imposición en todo caso, pero sólo en los hechos dolosos, de la pena de inhabilitación especial), las cuales son especialmente indicadas en este tipo de delincuencia porque producen un efecto aflictivo no transmisible a terceros y se separa al individuo de la estructura organizativa que ha dado lugar al delito o que incluso (y con mayor justificación en este caso) está orientada a su comisión.

Según el art. 286 seis, para la omisión dolosa de medidas de vigilancia o control se prevé la imposición de una pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años. Por el contrario, si el delito se hubiera cometido por imprudencia, se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

No obstante, la regulación del art. 286 seis –al prever la imposición de esas penas también al representante legal o administrador de hecho o de derecho de una empresa que carezca de personalidad jurídica– puede parecer en principio que resulta contradictoria con el art. 31 bis CP (y del PRefCP), que establece únicamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a las cuales se restringen las obligaciones de implantar medidas de control y supervisión, y sus requisitos⁵⁵, para prevenir delitos en el marco de la empresa. De hecho, el propio art. 286 seis se remite expresamente a las medidas contempladas en el art. 31 bis. Sin embargo, la diferencia de ámbito se puede explicar por lo siguiente: en el art. 31 bis el CP a partir de 2010 aplica “penas”, aunque sea discutible hacerlo por hechos de otros, a entidades que al menos son personas (jurídicas), pero evidentemente tal ampliación de la aplicabilidad de las “penas” no es posible para imponerlas a entes, organizaciones o grupos que ni siquiera tienen personalidad, y por ello para los mismos se reserva la aplicación de consecuencias accesorias en el art. 129; por el contrario, la ampliación del ámbito de responsabilidad también al representante o administrador (sujeto persona física) de empresas, grupos o entidades sin personalidad jurídica, además de al representante o administrador de una persona jurídica, en ese propuesto art. 286 seis no tropezaba con ese obstáculo de técnica jurídica y en cambio puede considerarse –así lo considera el PRfeCP– conveniente políticocriminalmente para fomentar el cumplimiento de los deberes de control y vigilancia preventiva de delitos también en empresas, organizaciones o agrupaciones sin personalidad jurídica.

⁵⁴ BOCK, D., *Strafrechtliche Aspekte del Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm del Criminal Compliance*, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS, 2/2009, 682009), 73

⁵⁵ *Vid. supra* II. 2.

2. El requisito de comisión de un hecho típico por el subordinado

Tanto el § 130 OWiG como el art. 286 seis PRefCP requieren (a pesar de su diferencia en el tenor literal) como condición para la sanción administrativa/punición de la omisión del directivo, que la transgresión o contravención por parte del subordinado se cometa realmente y esté castigada (con pena o con multa).

El § 130 OWiG se limita a decir que la lesión cometida por el subordinado esté “castigada con pena o con multa”. El art. 286 seis PRefCP requiere que el hecho cometido por el subordinado constituya una “infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delitos”. La especificación posterior de “cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas” (aparte de introducir confusión por referirse innecesariamente –en este contexto del hecho doloso– al “inicio” de ejecución y por añadir, también de forma innecesaria y contradictoria, la expresión “ilícitas” frente a “delitos”), no modifica en nada la exigencia de tipicidad⁵⁶. Lo único que trata de expresar es una de las dos posibles formas de establecer la condición para la punición cuando se considera que es necesario el requisito de comisión de un hecho típico por el subordinado: que es suficiente con la actuación peligrosa –pero en cualquier caso típica– del tercero (que es la que recoge el citado artículo, en consonancia con que el hecho constituya delito, y no también falta), o exigir la presencia efectiva de un resultado lesivo. El delito cometido por el directivo puede ser consumado aunque el hecho realizado por el subordinado quede en grado de tentativa.

El requisito de comisión de un hecho típico por el subordinado origina que en no pocas ocasiones la infracción del deber de vigilancia –a pesar de su aptitud para posibilitar más contravenciones– haya de quedar impune en el caso concreto en que el hecho cometido no sea típico en absoluto o cuando, por ejemplo, el subordinado lo realiza por imprudencia, estando sólo tipificado el hecho doloso. Asimismo cuando no pueda constatarse (lo cual constituye una frecuente dificultad de prueba) el autor individual de la contravención, pues en ese caso tampoco es posible la constatación del tipo subjetivo.

Por otra parte, dicho requisito –aunque constituya, como sucede a veces en estos casos, una condición objetiva punibilidad– implica la causalidad entre la infracción del deber de vigilancia y la contravención, por lo que ambos preceptos se encontrarán ante las consabidas dificultades graves para probar la causalidad. Ahora bien, de acuerdo con el tenor literal de ambas normas, dicha prueba no requiere determinar, con una probabilidad rayana en la certeza, que la contravención habría sido evitada mediante la adecuada vigilancia, sino que bastaría con probar que la habría dificultado u obstaculizado sustancialmente, lo cual claramente no es lo mismo.

3. Vulneración del principio de determinación y del de proporcionalidad

Una de las principales críticas que se dirigen contra el § 130 OWiG es que dicho precepto, desde el punto de vista dogmático, no es conciliable –según un sector doctrinal (en contra de lo que opina otro sector) – con el principio constitucional de determinación. Dichas críticas son aplicables también (aunque con alguna diferencia) al art. 286 seis PRefCP.

Tanto en el § 130 OWiG como en el art. 286 seis PRefCP el supuesto de hecho típico consiste exclusivamente en que “está prohibido organizar un establecimiento defectuosamente”, pues nada distinto a eso es omitir, dolosa o imprudentemente, las medidas de vigilancia exigibles para evitar delitos o contravenciones en la empresa. En consecuencia, se vulnera el principio de determinación porque –como observa SCHÜNEMANN en relación con el § 130 OWiG– la norma que está detrás del supuesto de hecho típico no contiene por el contrario ninguna descripción sustancial del comportamiento y tampoco posibilita la concreción de dicha descripción a través de una

⁵⁶ La tentativa de delito también constituye un hecho típico.

ponderación de los intereses contrapuestos por medio de una referencia a los bienes jurídicos en peligro. Y con ello se contraviene un principio fundamental, pues el contenido y graduación del deber de cuidado han de ser necesariamente determinados en referencia a concretos bienes jurídicos, porque sólo así es posible la ponderación entre riesgo permitido y protección de los bienes jurídicos.

Esto implica asimismo que no se exige conexión de riesgo alguna entre la omisión del directivo y la realización del hecho (por acción u omisión) por el subordinado. Tanto en el § 130 OWiG como en el art. 286 seis PRefCP el dolo o la imprudencia van referidos a la omisión del directivo, pero no a la acción del subordinado. Ambos preceptos posibilitan la sanción/punición del directivo incluso en el caso de que no pueda ser comprobado que en los obligados a la supervisión hubo dolo o imprudencia en relación con la infracción cometida por el subordinado. Por otra parte, el § 130 OWiG hace posible la paradoja de que la infracción del deber de vigilancia acarree para quien la incumple mayor sanción que si hubiese cometido por sí mismo la contravención: así, “en el caso de que el tipo de la contravención suponga un comportamiento doloso, sanciona más gravemente la omisión que el hacer positivo (si el autor del § 130 OWiG no hubiera infringido imprudentemente su deber de vigilancia, sino que hubiera cometido por sí mismo la contravención, ¿podría no ser perseguido!)”⁵⁷. Esta consecuencia paradójica y contradictoria con el principio de proporcionalidad la evita, sin embargo, el art. 286 seis PRefCP, pues en su número 3 y último dispone que no podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.

4. La propuesta, de SCHÜNEMANN, alternativa al § 130 OWiG

Como consecuencia de tales críticas, y fundamentalmente por la vulneración por el § 130 OWiG de los principios constitucionales, SCHÜNEMANN ofrece como alternativa conforme con la Constitución la construcción de un *delito concreto-abstracto de peligro*, en el cual, por una parte, la imprudencia del obligado a la vigilancia o control haya de comprender la infracción que él ha posibilitado o facilitado y, por otra parte, que en dicho delito quede asimismo comprendido el efecto que esa infracción de vigilancia tiene más allá de la concreta contravención, en forma de “aptitud para la posibilitación de más infracciones”, es decir, la puesta en peligro de la seguridad en la empresa.

El tenor literal de dicha alternativa es el siguiente: “El que facilite o posibilite una acción amenazada con una pena (o una contravención) en un establecimiento o en una empresa a través de un imprudente descuido de sus obligaciones de vigilancia según el § 13 StGB (o según el § 8 OWiG) de tal manera que pueda posibilitar más delitos (o contravenciones), será castigado como cómplice (o cometerá una infracción administrativa o contravención)”⁵⁸.

Ciertamente, esta segunda propuesta de SCHÜNEMANN tampoco ha pasado a ser Derecho positivo, pero va en la línea correcta de cómo debe articularse una figura típica de favorecimiento, la cual, como su propio nombre indica, requiere necesariamente la conexión de riesgo entre la omisión del directivo y la acción del subordinado y la referencia a los bienes jurídicos en peligro. La configuración inadecuada de la esfera de responsabilidad por parte del directivo (es decir, la actuación contraria a su deber de

⁵⁷ SCHÜNEMANN, B., ADPCP 1988, 550.

⁵⁸ SCHÜNEMANN, B., ADPCP 1988, 550-551 y n. 63.

conducta, conforme al cuidado que le fuera exigible) debe constituir la base para la creación de un tipo de estas características –de acuerdo con la experiencia criminológica en el seno de las organizaciones complejas y por ello como fundamento de la necesidad preventiva–. Pero ese tipo debe requerir que dicha configuración u organización defectuosa del departamento facilite las actuaciones delictivas del subordinado, es decir, que cree el peligro de que la organización defectuosa sea utilizada por el subordinado para la comisión de un delito o de un cierto grupo de delitos o, dicho con otras palabras, que ello sea posible *porque* no se llevó a cabo la vigilancia o control exigibles: estaríamos, por tanto, ante un delito de peligro abstracto de aptitud. A partir de ahí, las alternativas de regulación pueden ser diversas, como ya se ha indicado, pero cualquiera de ellas debe cumplir las condiciones antedichas.

El § 130 OWiG, a pesar de ser considerado inconstitucional por parte de la doctrina, lleva en vigor desde el año 1968. Aunque la propuesta de modificación, de SCHÜNEMANN, acorde con la Constitución, no se ha admitido hasta ahora en sustitución de dicho párrafo, sí ha conseguido, por el contrario –como hemos podido ver y asimismo observa MARTÍNEZ BUJÁN⁵⁹– que de *lege lata* se haya procedido a una reducción teleológica del § 130 OWiG, interpretándolo en el sentido de que es necesaria la relación de riesgo entre la omisión del directivo y la acción del subordinado. Aún estamos a tiempo para que esto no tenga que producirse en el art. 286 seis PRefCP por vía de la interpretación, sino a través de su plasmación directa y clara en el tipo.

⁵⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, 484.