

Grau en Dret
Treball de fi de Grau (21067/22747)
Curs acadèmic 2023-2024

El Principio de Confianza en el Derecho Penal Económico

Biel Arimón Monblan
241615

Tutor del treball:
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ricardo Robles Planas



DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, **Biel Arimón Monblan** certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Signatura
Biel Arimón Monblan
Lloc i data

RESUMEN

Este trabajo examina la aplicación del principio de confianza en el contexto del derecho penal económico. En el ámbito del derecho penal económico, este principio adquiere especial relevancia debido a la complejidad de la realidad empresarial actual. A través de un estudio doctrinal, este trabajo examina la interpretación clásica del principio de confianza y su operatividad en el marco de la empresa. Además, se analiza el caso jurisprudencial paradigmático relativo a la aplicación este principio, así como determinados casos prácticos problemáticos de aplicación del principio de confianza.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Beitrag untersucht die Anwendung des Vertrauensprinzips im Kontext des Wirtschaftsstrafrechts. Im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts gewinnt dieses Prinzip aufgrund der Komplexität der heutigen Unternehmensrealität besondere Bedeutung. Durch eine doktrinaire Untersuchung wird die klassische Auslegung des Vertrauensprinzips und seine Anwendbarkeit im Rahmen des Unternehmens untersucht. Darüber hinaus wird der paradigmatische Rechtsprechungsfall zur Anwendung dieses Prinzips sowie bestimmte problematische praktische Fälle der Anwendung des Vertrauensprinzips analysiert.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PARTE I - Estado de la Cuestión	2
1. Origen del Principio de Confianza	2
1.1 Aparición del Principio de Confianza en la Jurisprudencia Alemana.....	2
1.2 Acogida del Principio de Confianza en la Jurisprudencia Española.....	3
2. El Principio de Confianza en la Teoría del Delito.....	5
2.1 Fundamentación del Principio de Confianza	5
2.1.1 Teoría del Premio.....	5
2.1.2 Criterio de la Previsibilidad	6
2.1.3 Manifestación del Principio de Autorresponsabilidad.....	7
2.1.4 Manifestación del Riesgo Permitido.....	7
2.2 Límites al Principio de Confianza	9
2.2.1 ¿Sólo puede confiar quién se ha comportado de forma cuidadosa?	9
2.2.2 ¿No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero?	10
2.2.3 Existencia de especiales deberes de cuidado con respecto a conductas antijurídicas o de deberes de desconfianza.....	11
2.3 Presupuestos de Aplicación del Principio de Confianza.....	14
3. Aplicación del Principio de Confianza en la Empresa	16
3.1 Modelos de Gestión Empresarial y Principios Organizativos de la Actividad Empresarial: Jerarquía y División del Trabajo.....	16
3.1.1 Modelos de Gestión Empresarial: Gestión Centralizada y Gestión Descentralizada.....	16
3.1.2 Principios Organizativos de la Actividad Empresarial: El Principio de Jerarquía ¹⁸	
3.1.3 Principios Organizativos de la Actividad Empresarial: El Principio de la División del Trabajo y la Delegación.	19
3.2 Operatividad del Principio de Confianza en la Empresa.....	22

3.3 Conclusiones Provisionales.....	30
PARTE II: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 234/2010	33
1. Fundamentación Jurídica de la Mayoría.....	33
2. Voto Particular de Bacigalupo Zapater	33
3. Reacción Doctrinal	34
3.1 Posición de Manuel Jaén Vallejo	34
3.2 Posición de Jesús María Silva Sánchez.....	35
4. Conclusiones Provisionales	38
PARTE III – PROBLEMAS PRÁCTICOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO – RESPONSABILIDAD PENAL DEL SOCIO POR LAS CONDUCTAS DELICTIVAS DE LA SOCIEDAD	39
1. Introducción.....	39
2. Tesis de la Separación de Esferas de Competencia.....	40
3. Tesis del Principio de Confianza	42
4. Conclusiones Provisionales	44
CONCLUSIONES DEFINITIVAS.....	47
BIBLIOGRAFÍA	49

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar y conocer el marco operativo del principio de confianza en el derecho penal económico; un principio que suele emplearse para determinar el deber objetivo de cuidado, pero que plantea dudas en la doctrina respecto a su verdadero significado, fundamentación y alcance. Asimismo, se pretende averiguar en qué medida la naturaleza dogmática particular del derecho penal económico puede tener efecto sobre la aplicabilidad clásica del principio de confianza.

Para situar el problema, en la primera parte del trabajo, se realizará una exposición sobre el estado de la cuestión. En dicha exposición se explicará, en primer lugar, cómo surgió el principio de confianza en la jurisprudencia alemana y española en el ámbito del tráfico rodado. A continuación, se recogen las distintas teorías empleadas por la doctrina para fundamentar el principio de confianza, así como sobre los límites y los presupuestos de aplicación. Para concluir, se ahondará en la aplicación concreta del principio de confianza en la empresa: estudiando la empresa como fuente de riesgo y la naturaleza de las relaciones entre los sujetos que la componen.

En la segunda parte del trabajo, se analizará la sentencia del Tribunal Supremo 234/2010, de 11 de marzo de 2010, dónde el Tribunal discute acerca de si ante determinados indicios del comportamiento delictivo de uno de los consejeros, los otros tienen el deber de impedir el delito o bien pueden confiar en el correcto desempeño de la actividad del otro miembro. Se constituye esta sentencia en paradigmática, ya que cuestiona en su voto particular en gran medida el principio de confianza tal y como viene siendo entendido por la doctrina mayoritaria en las últimas décadas.

Finalmente, en la tercera parte del trabajo, se examinará un supuesto de aplicación práctica problemática del principio de confianza: la responsabilidad penal del socio por las conductas delictivas de la sociedad. A pesar de la poca atención que la cuestión ha recibido por parte de la doctrina, se pondrán de manifiesto las dos tesis divergentes: la del principio de confianza y la de la separación de esferas de competencia.

PARTE I - Estado de la Cuestión

1. Origen del Principio de Confianza

1.1 Aparición del Principio de Confianza en la Jurisprudencia Alemana

El principio de confianza es un principio de creación jurisprudencial, que surgió en Alemania a medidas del pasado siglo XX para limitar la responsabilidad por imprudencia en el tráfico rodado frente a las conductas antirreglamentarias de terceros¹.

Con la eclosión del tráfico rodado, el *Reichsgericht* consideró al vehículo a motor como un aparato peligroso, imponiendo, en consecuencia, una carga especialmente intensa sobre el conductor: debía contar con las potenciales conductas incorrectas de los demás participantes del tráfico². Únicamente podía confiarse en la conducta conforme a Derecho de terceros en aquellos supuestos donde mediaran normas de preferencia, salvo que otra cosa pudiera derivarse de las circunstancias particulares de la situación concreta³. Este deber general de desconfianza se encontró vigente hasta mediados de los años 30, con la aparición del régimen nacionalsocialista y la promulgación de un nuevo Código de Circulación del Tráfico Viario (*Reichsstraßenverkehrsordnung*) en 1934.

El *Reichsgericht* rompió definitivamente con tal obligación en la sentencia de 29 de enero de 1938, en la que se reconoció como principio general la posibilidad de contar con el correcto comportamiento de terceros conforme a las reglas del tráfico. No obstante, ese deber había de acotarse a las exigencias de la vida diaria y a las necesidades del tráfico viario⁴.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el *Bundesgerichtshof* reconoció la vigencia de un principio de confianza en el tráfico rodado⁵.

Inicialmente, el Tribunal justificó la exención del deber general de desconfianza en base a la previsibilidad, en tanto que las conductas antirreglamentarias de los terceros no

¹ Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 7.

² RG *JW*, 1925, p. 487 (489); 1926, p. 1191 (1192); RG *JW*, 1925, p. 487 (488-489); RG *JW*, 1925, p. 973; 1926, p. 2185; 1927, p. 1522.

³ RG *JW*, 1930, p. 2868; 1933, p. 2523.

⁴ RGSt 70, p. 71; 72, p. 55; 73, p. 239 (241-243).

⁵ BGHSt 8, p. 200.

podían ser previsibles para el conductor⁶, salvo que de las circunstancias del caso pudiera esperarse una conducta descuidada de los terceros⁷, o bien que la conducta antirreglamentaria del tercero quedara dentro de la práctica frecuente en el ámbito de la conducción concreta⁸. Asimismo, completó su tesis arguyendo a la necesidad de la existencia de un tráfico viario fluido⁹.

En definitiva, independientemente del recurso empleado por el Tribunal, lo fundamental era reconocer la posibilidad de que el usuario de la red vial pudiera contar, como regla general, con el comportamiento conforme a Derecho de los demás, siempre y cuando no existieran indicios concretos para representarse lo contrario. Resulta evidente que un modo de proceder distinto, donde concurriera una verificación permanente de la conducta ajena, haría insostenible el desarrollo de un tráfico viario fluido y eficiente.

1.2 Acogida del Principio de Confianza en la Jurisprudencia Española

En España, en los primeros años del tráfico rodado, se impusieron deberes especiales sobre los conductores de automóviles¹⁰. Regía una suerte de deber general de desconfianza, gracias al cual al conductor se le requería el tener contemplar las potenciales conductas antirreglamentarias de los demás participantes del tráfico.

Las primeras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo relativas al tráfico motorizado así lo cristalizaban: condenaban a los conductores por los resultados lesivos producidos en virtud del deber de moderar o detener la marcha ante el riesgo de accidente, desprendiéndose así la responsabilidad del incumplimiento de ese deber general de aminorar la velocidad en atención a los propios criterios del artículo 17 del Código de Circulación de 1934: condenado a quién atropellara a quién cayera de un carro tirado por

⁶ BGH *NJW*, 1952, p. 35 (36); BGHSt 3, p. 49 (52); 4, p. 182 (187).

⁷ BGH *NJW*, 1951, p. 770.

⁸ BGHSt 1, p. 309 (312); 2, p. 188 (189-190); 3, p. 54 (59-61); 3, p. 157 (160).

⁹ BGHSt 3, p. 49 (51-52).

¹⁰ Decreto de 25 de septiembre de 1934 aprobando el Código de la Circulación y sus Anexos, artículo 17.

un asno por el espanto del animal al aproximársele el vehículo¹¹ o cuando se atropellara a alguien que circulara por delante del conductor en su mismo sentido¹².

Al igual que en Alemania, el criterio de las normas de la preferencia de paso (Art. 25 d) CCir.) se empleó para limitar el deber general de vigilancia de los conductores respecto a los comportamientos de terceros¹³. Sin embargo, el Tribunal Supremo se mostró reacio a su aplicación

No fue hasta los años 60 cuando el Tribunal Supremo hizo referencia por primera vez al principio de confianza en el ámbito del tráfico motorizado.

En la STS de 11 de noviembre de 1963, enjuiciaba un caso donde el conductor de una motocicleta colisionó con un automóvil que, viniendo en sentido contrario, giró a la izquierda atravesando el carril por el que circulaba la motocicleta. El Tribunal consideró: *“el desarrollo de la jurisprudencia de esta Sala en torno al Derecho de la circulación, muestra, a la más reciente, inspirada en el principio de la confianza ajustada a la normalidad del tráfico, según el cual, todo partícipe en la circulación rodada, respetuoso de los demás usuarios –y que, por tanto, no da ocasión de reacciones anormales– puede esperar también lo mismo de los restantes copartícipes, sin que deba pues, contar con el comportamiento antirreglamentario de los últimos, ya que, en estos casos de riesgo socialmente útil y habitual, como es el originado por la circulación, el deber de cuidado no puede ser medido de un modo tal que del beneficio de la seguridad absoluta del tráfico, resulte el mal de su total paralización”*.

En esta y subsiguientes sentencias, la Alta Corte¹⁴ consagró el principio de confianza como regla general en el tráfico rodado, pudiendo así todo conductor que obrara conforme a Derecho confiar en que los demás participantes también se comportarían de forma reglamentaria. Fundamentó tal principio en la necesidad de garantizar fluidez en el tráfico, así como en el hecho que quién cumplía con las normas del tráfico podía confiar en que los demás hicieran también lo mismo. Finalmente, y por ello no menos relevante,

¹¹ STS 22-05-1930

¹² STS 17-03-1930

¹³ STS 29-10-1931, STS 29-10-1931, STS 12-11-1958

¹⁴En este sentido: STS 28-04-1967, STS 27-10-1964, 24-01-1969, STS 14-10-1970

estableció el límite según el cual, si el sujeto advertía o podía prever por las reglas de la normal experiencia la potencial conducta antirreglamentaria de terceros, el conductor debería abandonar tal derecho y adoptar una posición de aviso para neutralizar los potenciales riesgos derivados de la conducta de los demás. Asimismo, concretó que tal regla general decaía ante niños, ancianos y discapacitados, cuya posible reacción anómala debía de ser tenida en cuenta por el sujeto.

2. El Principio de Confianza en la Teoría del Delito

2.1 Fundamentación del Principio de Confianza

Sobre su fundamentación no existe acuerdo en la doctrina. Se diferencian las propuestas que conciben el principio de confianza como un premio por la propia conducta correcta (“teorías del premio”), las que lo vinculan con la previsibilidad, las que lo interpretan como una manifestación del principio de autorresponsabilidad y las que lo fundamentan en la institución del riesgo permitido.

2.1.1 Teoría del Premio

Su formulación originaria se atribuye a GÜLDE¹⁵, quién, partiendo de una concepción social nacionalsocialista, configuró la confianza como un valor esencial del pueblo alemán, como expresión de las ideas de comunidad (*Volksgemeinschaft*) y disciplina (*Disziplin*)¹⁶. Según GÜLDE, el sujeto que se mostrara leal con el ordenamiento jurídico obtenía la satisfacción o recompensa de no tener que contar con las conductas antirreglamentarias de los terceros. Por el contrario, quien cometiera “infracciones, debilidades e imperfecciones” no era digno de semejante protección.

El premio se considera una consecuencia de haberse ajustado a las reglas, sin haber una razón que permita argumentar más allá la fundamentación o utilidad del principio de confianza. Así, “la teoría del premio funda el principio de confianza a partir de sí misma, por lo que la pregunta relativa a por qué este principio debe regir queda sin respuesta”¹⁷.

¹⁵En este sentido: GÜLDE, *JW*, 1935, p. 1464-1466. En Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 172.

¹⁶ GÜLDE, *JW*, 1935, p. 1465. En Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 172.

¹⁷ Contreras Chaimovich, Lautaro (2018). Productos defectuosos y derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto, p. 37.

2.1.2 Criterio de la Previsibilidad

Quiénes consideran que el principio de confianza se vincula necesariamente con la previsibilidad, opinan que éste no es más que un criterio limitador del alcance de la previsibilidad, en tanto que las conductas incorrectas de terceros, por regla general, no son previsibles. Así, podrá descartarse la posible responsabilidad criminal por parte de la persona en la que se puede confiar en base a un juicio de previsibilidad objetiva sobre una situación concreta¹⁸.

Autores como BRINKMANN, entendieron que el principio de confianza constituía una aplicación práctica de una regla de la experiencia en base a la cual se llevaba a cabo el juicio de peligro¹⁹: “son reglas que informan simplemente de lo que, conforme a los resultados obtenidos por la experiencia, cabe esperar con cierto grado de probabilidad, y operan con carácter previo a cualquier tipo de valoración jurídica”. Por tanto, en el ámbito del tráfico rodado se puede confiar porque existe una regla de la experiencia conforme a la cual puede afirmarse que los participantes del tráfico se comportan de manera disciplinada²⁰.

Cabe añadir que al ser las reglas de la experiencia modificables en función del conocimiento y de su objeto de referencia, no podría defenderse la existencia de un principio de confianza general²¹. La flexibilidad y versatilidad de las reglas de la experiencia serían rasgos propios del principio de confianza, de este modo si la experiencia cambiara, también se alterarían las reglas o la confianza²². BRINKMANN sostiene que “el principio de confianza es un instrumento jurídicamente neutral que

¹⁸ Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 177.

¹⁹ Brinkmann, Bernhard (1996). Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung, p. 139. En: Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 156.

²⁰ Brinkmann, Bernhard (1996). Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung, p. 138. En: Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 156

²¹ Brinkmann, Bernhard (1996). Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung, p.146. En: Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 156.

²² Brinkmann, Bernhard (1996). Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung, p.146 En: Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 189.

resulta de la aplicación de una regla de la experiencia que predice cómo reaccionarán los terceros en una determinada situación”²³.

2.1.3 Manifestación del Principio de Autorresponsabilidad

El principio de confianza se fundamentaría en el principio de autorresponsabilidad en tanto que los sujetos sólo son responsables de lo que hacen ellos mismos y no de lo que hacen los demás.

Entre los precursores del principio de autorresponsabilidad se encuentra el autor alemán STRATENWERTH, quien sostiene que la posibilidad de confiar se fundamenta concretamente, en la posibilidad de limitar la responsabilidad del sujeto ante la intervención de terceros responsables²⁴.

Según MARAVER, el principio de autorresponsabilidad reconoce la posibilidad de delimitar el propio ámbito de actuación dejando fuera los riesgos que forman parte del ámbito de responsabilidad de un tercero²⁵. Dicho de otra forma: el ámbito de responsabilidad de cada sujeto se delimita por su propio comportamiento y, sólo bajo circunstancias especiales, abarca el de terceros. Además, según este planteamiento, para que pueda darse la expectativa de comportamiento conforme, el tercero debe ser una “persona responsable”, excluyéndose de su consideración aquellos con, por ejemplo, impedimentos físicos o psíquicos²⁶.

2.1.4 Manifestación del Riesgo Permitido

Finalmente, según la doctrina mayoritaria, el fundamento del principio de confianza se encuentra en la institución del riesgo permitido, constituyendo éste una manifestación

²³ Brinkmann, Bernhard (1996). Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung, p.146. En: Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 190.

²⁴ Stratenwerth, Günther. Arbeitstellung und ärztliche Sorgfaltspflicht en: Paul Bockelmann y Wilhelm Gallas (1961), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen, pp. 392-393 En: Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 190.

²⁵ Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 453.

²⁶ Brinkmann, Bernhard. (1996). Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung: eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts , p. 131. En: Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 192.

especial²⁷. En consecuencia, la vigencia del principio de confianza está en función de un ejercicio de ponderación entre riesgo y ganancia²⁸.

Según SCHNEIDER, a la figura del riesgo permitido interesan todas las formas de comportamiento socialmente útiles que dan lugar a una amenaza para un bien jurídico protegido, mientras que el principio de confianza se limita desde un principio a aquellas formas de comportamiento cuyos riesgos sólo se generan por los actos defectuosos de otra persona²⁹. Es decir, el principio de confianza solamente opera como acotador de los espacios de libertad ante las situaciones de riesgo ocasionadas por terceros.

JAKOBS considera que el principio de confianza mantiene ciertas peculiaridades respecto al riesgo permitido (para JAKOBS el principio de confianza constituye una de las cuatro instituciones dogmáticas mediante las que se articula la imputación de comportamientos: prohibición de regreso, principio de confianza, riesgo permitido y competencia de la víctima)³⁰. Por un lado, para el principio de confianza, a diferencia del riesgo permitido, el desarrollo del acontecimiento no depende de la simple naturaleza del hecho, sino del cuidado que pongan otras personas³¹. En su opinión, el alcance del principio de confianza es más amplio que el del riesgo permitido, pues mientras que con el riesgo permitido un conflicto debe ser definido bien como un fallo del autor o bien de la víctima o de la mala fortuna, con el principio de confianza existe la posibilidad de definir el conflicto como un fallo del tercero participante³². Por otro lado, el principio de confianza se refiere a los casos en los que alguien, a diferencia de la prohibición de

²⁷ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 130.

²⁸ Wilhelm, Dorothee. (1984). Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin: zu den rechtlichen Grenzen ärztlicher Sorgfal. p. 65. En: Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 130.

²⁹ Schneider, Steffen (2002). Das Täterschaftsattribut der Risikoherrschaft und die Beteiligungsformen der fahrlässigen Erfolgsdelikte, p.168. En: Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 130.

³⁰ Jakobs, Günther. (2016). La imputación objetiva en derecho penal. ARANZADI / CIVITAS, p. 215.

³¹ Jakobs, Günther. (2016). La imputación objetiva en derecho penal. ARANZADI / CIVITAS, p. 215.

³² Jakobs, Günther. (2016). La imputación objetiva en derecho penal. ARANZADI / CIVITAS, p. 215.

regreso, es garante de la evitación de un curso de un daño, pero dicho curso no se tornará nocivo si todos los intervinientes se comportan o se han comportado correctamente³³.

FEIJÓO SÁNCHEZ también rechaza la consideración del principio de confianza como un supuesto especial permitido. Según el autor, “en los supuestos donde es preciso acudir al principio de confianza, el cuidado necesario en el tráfico no está relacionado con un riesgo natural, sino con el comportamiento de una persona libre y responsable”³⁴, por tanto, el fundamento de la atipicidad de la conducta radica en el principio de autorresponsabilidad.

2.2 Límites al Principio de Confianza

Según la interpretación tradicional, la principal consecuencia que se infiere de la constatación del principio de confianza es la imposibilidad de responsabilizar a quien esté amparado por él, aunque su comportamiento haya contribuido causalmente a la producción del resultado³⁵. No obstante, en tanto que criterio delimitador del alcance del deber de cuidado con respecto a terceras personas, éste no tiene un alcance ilimitado.

No siempre es posible confiar, por ello cabe constatar los límites comúnmente señalados por la doctrina respecto a la aplicación del principio de confianza. Aquí, se parte de los puntos propuestos por FEIJÓO SÁNCHEZ³⁶.

2.2.1 ¿Sólo puede confiar quién se ha comportado de forma cuidadosa?

La doctrina y jurisprudencia tradicional han afirmado que el principio de confianza sólo ampara a quién se comporta conforme a derecho. Aquél que se comporta de forma antijurídica, que ha incumplido su deber de cuidado, ya no puede decir que se le está haciendo responder de un injusto ajeno.

³³ Jakobs, Günther. (2016). La imputación objetiva en derecho penal. ARANZADI / CIVITAS, p. 218.

³⁴ Feijóo Sánchez, Bernardo José (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas, Revista de derecho penal y criminología, (Nº 1), p.48.

³⁵ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal, p. 127.

³⁶ Feijóo Sánchez, Bernardo José (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas, Revista de derecho penal y criminología, (Nº 1), p. 57.

Ya señaló STRATENWERTH que el principio de confianza constituye un límite del deber de cuidado, pero no significa que las personas se puedan comportar imprudentemente en virtud de la confianza en el cuidado de otros³⁷, es decir, el principio de confianza determina el deber de cuidado, pero no releva de su cumplimiento.

A pesar de lo anterior, no se debe incurrir en la idea de que se le puede imputar a una persona que actúa negligentemente cualquier consecuencia que esté vinculada causalmente con su conducta imprudente³⁸. Cuando se entrecruzan diversas conductas imprudentes también hay que tener claro que no basta con que un resultado tenga una relación causal con una infracción del deber de cuidado, hace falta algo más: esa específica relación normativa que siempre ha exigido la doctrina entre la conducta antijurídica y el resultado.

Así lo ejemplifica ROXIN: “si alguien conduce a velocidad excesiva, y un transeúnte se le echa encima del coche con tan mala fortuna que no se habría podido evitar el resultado lesivo ni siquiera respetando la velocidad prescrita, la imprudencia no tiene lugar por falta de realización del peligro”³⁹. En este caso es evidente que el conductor se ha comportado de manera contraria a las normas del tráfico, pero ello no implica que cualquier consecuencia que se derive de su comportamiento le sea imputable.

2.2.2 ¿No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero?

Constituye una excepción general al principio de confianza la verificación de la existencia de outputs objetivos concretos que hagan sospechar de un comportamiento antijurídico de otra persona. Sin embargo, es preciso que los motivos que obligan a configurar de forma distinta la propia actuación tienen que ser objetivos, sólidos y concluyentes, no bastando la intuición⁴⁰.

³⁷ Ibid., p. 58.

³⁸ Ibid., p. 58.

³⁹ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 134.

⁴⁰ Feijóo Sánchez, Bernardo José (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas, Revista de derecho penal y criminología, (Nº 1), p. 60.

Deben ser concretos ya que los motivos estadísticos no bastan como excepción al principio de confianza⁴¹: la mera frecuencia de una conducta incorrecta, un conocimiento estadístico o saber en que en esos casos los otros suelen comportarse de manera incorrecta no suponen motivos suficientes para desvirtuar el principio de confianza. Tienen que tratarse de datos relacionados con la situación concreta, es decir, el principio de confianza sólo se puede ver desvirtuado por acciones determinadas y concretas de una persona, no por acciones estadísticas o típicamente peligrosas.

Al mismo tiempo, hay que señalar que se puede confiar mientras no se evidencie que el que ha infringido la norma no puede o no quiere evitar definitivamente la lesión. El infractor tiene la competencia preferente para resolver la situación conflictiva, peligrosa o de necesidad⁴². El sujeto en favor del cual opera el principio de confianza, no tiene la obligación de adaptar su comportamiento a una previsible conducta infractora de terceros⁴³.

En el ámbito de las relaciones profesionales, si una persona duda o debería haber dudado de que si hubiera cumplido con sus deberes de control y vigilancia de que el otro profesional que trabaja con él, la persona en la que delega o sus subordinados carecen de la cualificación o preparación mínimas que exige su posición social o profesión, debe adoptar medidas adicionales que lleguen a suspender el trabajo en equipo o la delegación de funciones⁴⁴. Es decir, sólo se puede delegar en quien está capacitado para cumplir correctamente dicha delegación.

2.2.3 Existencia de especiales deberes de cuidado con respecto a conductas antijurídicas o de deberes de desconfianza

En algunos casos el principio de confianza se ve desvirtuado por razones normativas relacionadas con la existencia de especiales deberes de cuidado sobre conductas

⁴¹ Ibid., p. 61.

⁴² Jakobs, Günther. nota 27, 7/55, En: Feijóo Sánchez, Bernardo José (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas, Revista de derecho penal y criminología, (Nº 1), p.62.

⁴³ Montaner Fernández, Raquel. Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. Barcelona, España. Editorial Atelier, 2008, 392p. página 127

⁴⁴ Ibid., página 127.

antijurídicas o de deberes de desconfianza⁴⁵. Un sector doctrinal suele denominar estos deberes especiales como deberes secundarios, con el objetivo de distinguirlos de los normales deberes de cuidado (primarios), partiendo de la existencia de un ámbito de responsabilidad directo o primario y, en algunos casos excepcionales, de un ámbito de responsabilidad indirecto o secundario que afecta el comportamiento de terceras personas⁴⁶.

Sin embargo, no puede hablarse de un principio de desconfianza. Es cierto que las diferencias de conocimientos, capacidades, y poder de decisión fundamentan la posición de garante del empresario, pero ello lo pone en una especial posición de cuidado respecto a sus trabajadores, a no a tratarlos como menores de edad o incapaces, pues si así fuera, sería impracticable la producción en una empresa⁴⁷. No obstante, no en todo supuesto en que un superior ordena a un subordinado la realización de un trabajo está obligado a instruir a éste: deben excluirse, en principio, los casos en los que los trabajadores son especialistas y experimentados en el trabajo arriesgado, es decir, cuando el empresario ha seleccionado adecuadamente al trabajador para el trabajo potencialmente peligroso⁴⁸.

Podemos señalar que se puede confiar en que los otros ciudadanos se van a comportar respetando las normas ya que ello está garantizado por el derecho, a no ser que se tengan ya evidencias de lo contrario. En sentido contrario, partir de una sociedad de la desconfianza en la que se propusiera lo contrario -la disposición permanente a infringir las normas por parte de los ciudadanos- sería atentar contra la idea del derecho como orden vinculante de las relaciones sociales⁴⁹.

El principio de desconfianza conduce al contrasentido de que el derecho se desautorice a sí mismo como sistema regulador de conductas vinculante para todos los ciudadanos⁵⁰.

⁴⁵ Feijóo Sánchez, Bernardo José (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas, Revista de derecho penal y criminología, (Nº 1), p.68.

⁴⁶ Ibid., página 69.

⁴⁷ En este sentido, STS 1518/1981, de 19 de diciembre de 1981.

⁴⁸ Feijóo Sánchez, Bernardo José (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas, Revista de derecho penal y criminología, (Nº 1), p. 70.

⁴⁹Ibid., p. 49.

⁵⁰ Ibid., p. 49.

En una sociedad en la que primara la desconfianza y el legislador sospechara siempre de las personas como potenciales infractores de normas, ni siquiera se podría aceptar una actividad como el tráfico viario, por suponer un hábitat para que los ciudadanos se comporten de forma defectuosa y lesionen antijurídicamente bienes jurídicos⁵¹.

Por tanto, el principio de confianza posibilita una organización más razonable de los contactos interpersonales⁵². Si la figura del riesgo permitido está estrechamente relacionada con la configuración de la sociedad como “sociedad del riesgo” y por ello cada vez ocupa un lugar más preeminente como objeto de discusión doctrinal, la figura del principio de confianza está estrechamente relacionada con la configuración de la sociedad como una sociedad con constantes contactos altamente anónimos y en la que impera el reparto de trabajo y funciones.

Al mismo tiempo, sólo controlamos directamente ámbitos muy concretos, sobre todo en lo referente al ejercicio de una profesión o trabajo⁵³. El principio de confianza, pues, está estrechamente relacionado con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad. De esta manera, se entiende que “la vigencia o no del principio de confianza está en función de una ponderación entre riesgo y ganancia, entre desgracia y utilidad”⁵⁴.

Los garantes están amparados por el principio de confianza no sólo cuando delegan ciertos deberes de control, vigilancia o cuidado, sino también cuando confían de forma permitida para el derecho en los deberes de control, vigilancia o cuidado de otras personas que han asumido esos deberes o los tiene por disposiciones legales⁵⁵.

En conclusión, la extensión de contactos sociales de carácter anónimo y la división del trabajo han hecho que la problemática de la confianza y sus límites esté presente en todo momento en la vida social. Es, por tanto, un principio que opera en todas “direcciones”

⁵¹ Ibid., p. 49.

⁵² Ibid., p. 49

⁵³ Ibid., p.50.

⁵⁴ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal, p.130.

⁵⁵ Feijóo Sánchez, Bernardo José (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas, Revista de derecho penal y criminología, (Nº 1), p.52.

afectando el deber de cuidado con respecto a comportamientos de terceros, tanto, si son anteriores como si son coetáneos o como si son posteriores⁵⁶

2.3 Presupuestos de Aplicación del Principio de Confianza

En primer lugar, es necesario que exista un ámbito de responsabilidad ajeno⁵⁷. Es decir, que se pueda tomar como referencia el deber de cuidado de un tercer sujeto penalmente responsable. Frente a terceros irresponsables, como por ejemplo los niños, no puede aplicarse el principio de confianza; para limitar en tal caso el deber de cuidado, sólo puede acudir a criterios como el del riesgo permitido que se basen en una general ponderación de intereses.

En segundo lugar, ha de comprobarse que el deber de cuidado está fundamentado en una relación negativa con el riesgo (la inexistencia de medidas de doble aseguramiento)⁵⁸. En atención a la primacía que en principio tienen los deberes negativos, puede decirse que lo normal es que el sujeto, con independencia de que su inicial relación con el riesgo se refleje en una posición de garante de control o en una posición de garante de protección, sólo debe cuidar aquellos aspectos o manifestaciones del riesgo que gestiona él mismo o que surgen de su propio ámbito de actuación. Excepcionalmente puede ocurrir que el deber de cuidado se defina también de manera positiva incluyendo los aspectos del riesgo que pueden surgir del ámbito de actuación de un tercero, que es precisamente lo que sucede cuando el deber de cuidado se presenta como una medida de doble aseguramiento⁵⁹. Esta situación se da en actividades especialmente peligrosas, que necesitan un mayor deber de cuidado por los bienes jurídicos involucrados. Quien ostenta esta obligación de ejecutar medidas de doble aseguramiento no puede ampararse en la confianza si se producen resultados dañosos en el ámbito de actuación de un tercero a su cargo⁶⁰.

⁵⁶ Ibid., p.53.

⁵⁷ Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 327.

⁵⁸ Ibid., p. 330.

⁵⁹ Ibid., p. 332.

⁶⁰ Ibid., p. 332.

En tercer lugar, ha de comprobarse que el deber de cuidado parte de una relación negativa con el tercero⁶¹, es decir, que el sujeto no tenga un deber de cuidado frente a la actuación del tercero. Excepcionalmente, sobre todo en el marco de relaciones de carácter vertical, el sujeto puede ver definido su deber de cuidado en función de su particular relación con el tercero, como ocurre cuando los superiores jerárquicos tienen deberes de selección, coordinación, control o supervisión⁶².

Aquellos aspectos de la conducta de los terceros que queden abarcados por estos deberes no pueden ser objeto de confianza. No obstante, estos deberes rara vez llegan a excluir por completo la posibilidad de confiar, pues lo normal es que haya una parte de la conducta o de la tarea del tercero que no quede bajo el cuidado del superior.

En cuarto lugar, es necesario que no haya circunstancias en el caso concreto que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero⁶³. Si es evidente que el tercero no va a actuar apropiadamente, no puede aplicarse el principio de confianza.

Esta limitación se introduce únicamente por la necesidad de concretar el alcance del deber de cuidado cuando el sujeto ostenta una posición de garante o una posición de especial vinculación con el riesgo⁶⁴. La delimitación negativa del deber de cuidado a la que conduce el principio de autorresponsabilidad y en la que se fundamenta el principio de confianza, es una delimitación abstracta e indiciaria⁶⁵. Supone reconocer que, en principio, dada la primacía con la que cuentan los deberes negativos, hay un interés en delimitar el ámbito de actuación del sujeto destacando el carácter negativo o descentralizado de su relación con los terceros⁶⁶. Aunque el sujeto se represente o persiga la producción del resultado típico, puede decirse que, en tanto que no haya circunstancias

⁶¹ Ibid., p. 333.

⁶² Ibid., p. 333.

⁶³ Ibid., p. 336.

⁶⁴ Ibid., p. 336.

⁶⁵ Ibid., p. 336.

⁶⁶ Ibid., p. 336.

que limiten la aplicación del principio de confianza, su conducta seguirá estando cubierta por el riesgo permitido⁶⁷.

Y de aquí deviene la importancia del principio para quienes se encuentran en la posición de garantes de protección de los bienes jurídicos, como es el caso de los directivos de una empresa, pues el derecho no les exige que sean capaces de prever todo resultado lesivo, ni sean responsables de él, si verificados los presupuestos y límites del principio de confianza, están en la posición de confiar, que los sus subalternos actúen conforme a las reglas.

3. Aplicación del Principio de Confianza en la Empresa

Antes de profundizar en las cuestiones concretas relativas al encaje y singularidad de la del principio de confianza en el Derecho Penal Económico, así su papel desempeñado en tal entorno, considero oportuno proporcionar una aproximación previa sobre el contexto en el que tiene lugar la actividad delictiva. Esto es, conocer cómo funcionan las organizaciones empresariales, centrándome particularmente en los modelos de gestión empresarial. Igualmente, deberé detenerme en los principios organizativos de la actividad empresarial - la jerarquía y división del trabajo – pues son elementos imprescindibles en la atribución de responsabilidad penal.

3.1 Modelos de Gestión Empresarial y Principios Organizativos de la Actividad Empresarial: Jerarquía y División del Trabajo.

3.1.1 Modelos de Gestión Empresarial: Gestión Centralizada y Gestión Descentralizada

Inequívocamente, uno de los factores que determina el desarrollo y resultado de una actividad es su gestión. La gestión empresarial incluye toda aquella función que comprende la organización, la coordinación y el control de todos los factores personales, materiales y financieros que intervienen en el devenir empresarial⁶⁸, es decir, en el proceso de planear, organizar, dirigir y controlar el uso de los recursos para lograr los objetivos sociales. En función del modelo de gestión que adopte la empresa, el poder de

⁶⁷ Ibid., p. 459.

⁶⁸ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 54.

decisión de los sujetos sobre los diversos ámbitos de competencia dentro de la empresa estará más o menos distribuido.

La definición clásica del modelo de gestión centralizada señala que éste se refiere al que el derecho para tomar decisiones y supervisar actividades está concentrado en un único punto de la organización⁶⁹.

Las empresas que adoptan un modelo de gestión centralizado cuentan con un centro de poder político encargado del funcionamiento completo de la empresa⁷⁰, quién toma todas las decisiones, así como controla y supervisa toda actividad que tenga lugar en la organización.

Sin embargo, la realidad compleja actual ha dado paso a una estructura empresarial en la que es necesaria la división del trabajo, la especialización, la subordinación a una jerarquía y la descentralización de la toma de decisiones⁷¹. Desde una perspectiva formal, la descentralización puede definirse “como una variable anatómica que supone una decisión de diseño estructural por parte de la dirección de la empresa”⁷². Por otro lado, desde un punto de vista material, como “el reparto del poder de decisión entre diversos miembros de la empresa. Supone la transferencia de la capacidad de decisión hacia el punto de la organización donde se encuentren los conocimientos necesarios”⁷³.

A partir de las anteriores definiciones, toma especial relevancia la clase de control que los superiores que han descentralizado el poder a sus subordinados deberán ejercer. Es evidente que el nivel de descentralización es graduable, el punto óptimo dependerá y quedará al arbitrio de cada organización empresarial. No obstante, por amplio que sea el

⁶⁹ González Fidalgo, Eduardo / Ventura Victoria, Juan (2003). Fundamentos administración de empresas

⁷⁰ Serra Ramoneda, Antonio. (1986). Sistema económico y empresa. p. 158.

⁷¹ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestion empresarial y Atribucion de responsabilidad penal. p. 61.

⁷² Cuervo García, Álvaro (2008). Introducción a la administración de empresas. p. 265.

⁷³ González Fidalgo, Eduardo / Ventura Victoria, Juan (2003). Fundamentos de administración. p. 180.

ámbito de autonomía que posea el sujeto subordinado, éste siempre estará sometido a cierto control por parte de su superior⁷⁴.

Además, el reparto del poder de decisión entre los distintos sujetos que intervienen en la actividad empresarial puede exceder del ámbito interno de la empresa. En este sentido, cabe traer a colación a los supuestos de los grupos de sociedades – qué supone la atribución a determinadas unidades o áreas que forman parte de la misma empresa de un mayor grado de autonomía, iniciativa y capacidad de autoorganización⁷⁵ - y a los casos de *outsourcing* – qué implica la externalización de funciones de una empresa hacia otra⁷⁶.

3.1.2 Principios Organizativos de la Actividad Empresarial: El Principio de Jerarquía

Uno de los rasgos característicos que define a las organizaciones empresariales, es su configuración como estructuras jerárquicamente organizadas. Cabe matizar que el concepto de jerarquía en el ámbito de la empresa tiene dos dimensiones distintas⁷⁷: por un lado, en relación con la técnica organizativa, el grado de jerarquía existente depende del modelo de gestión. Por otro lado, la jerarquía supone un criterio delimitador de las competencias de los sujetos que intervienen en la organización.

Toda actividad en la que participen varios sujetos concertados para la consecución de un fin común, requiere de una estructura ordenada de todos los miembros que la conforman y de un poder de organización que los coordine⁷⁸. Así, se distinguen dos planos de actuación: el plano horizontal, al que se vincula el principio de división del trabajo, y el plano vertical, al que se vincula el principio de jerarquía.

⁷⁴ Silva Sánchez, Jesús María (dir.) / Robles Planas, Ricardo (coord.) (2023). Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa: parte general y especial (2ª ed.), p. 134.

⁷⁵ Rivero Lamas, Juan / De Val Tena, Ángel Luis. (2003). Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «outsourcing», p. 25.

⁷⁶ Rivero Lamas, Juan / De Val Tena, Ángel Luis (2003). Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «outsourcing», p. 26.

⁷⁷ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y Atribución de responsabilidad penal. p. 77.

⁷⁸ González Fidalgo, Eduardo / Ventura Victoria, Juan (2003). Fundamentos de administración. p. 209.

De la verticalidad asoma la dialéctica ente superior jerárquico y trabajador subordinado. De esta relación especial, como señala algún autor⁷⁹, subyace una relación de obediencia debida del inferior, quién asume la orden de su superior y ejecuta el mandato, por tanto, se consideraría que las actuaciones de los sujetos no son libres⁸⁰, sino que están sometidas a una común dirección. Por consiguiente, uno de los efectos que se derivan del principio de jerarquía es la subordinación y vinculación de los sujetos que ocupan los puestos inferiores a las órdenes e instrucciones impartidas por sus superiores jerárquicos⁸¹.

Aunque la aplicación del principio de jerarquía en la empresa moderna se ha relativizado⁸², siempre existirán trabajadores subordinados cuyo ámbito de decisión será prácticamente inexistente, subyugado en toda ocasión a su superior jerárquico, así como a las políticas y directrices generales de la empresa. Por ello, su conducta, mientras se mantenga en el ámbito de su competencia delegada, constituye una conducta neutral, exonerada de responsabilidad en sí misma, tanto que se configura como jurídico-penalmente irrelevante⁸³.

En síntesis, el principio de jerarquía delimita los ámbitos de autoridad en la empresa y, en esta medida, los ámbitos de competencia cada persona en la actividad empresarial. A medida que se descienda en el organigrama empresarial, más reducido será dicho ámbito de competencia y menos capacidades decisorias tendrán los sujetos.

3.1.3 Principios Organizativos de la Actividad Empresarial: El Principio de la División del Trabajo y la Delegación.

El Principio de la División del Trabajo

Otro de los principios característicos de la actividad empresarial es el principio de la división del trabajo. La división del trabajo se contempla como la subdivisión de un

⁷⁹ Queralt Jiménez, Joan Josep. (1986). La obediencia debida en el Código Penal, p. 27.

⁸⁰ Robles Planas, Ricardo. (2003). La participación en el delito, p. 27.

⁸¹ En este sentido, STS 1828/2002, de 25 de octubre de 2002; STS 1252/2004, de 2 de noviembre de 2004; STS 467/2018, de 15 de octubre de 2018.

⁸² Nández Alonso, Sergio / Reier Forradellas, Ricardo. (2022). Digitalización de empresas y economía: tendencias actuales. ESIC.

⁸³ Robles Planas, Ricardo. (2003). La participación en el delito, p. 40.

proceso económico de producción en actividades engranadas, de manera que su unión produce el efecto deseado por la dirección de la organización empresarial⁸⁴. Las tareas se reparten entre los miembros de la empresa, quiénes, a pesar de contar con esferas de competencia individuales, desarrollan su actividad en vinculación permanente a la actividad global empresarial.

Se distinguen dos dimensiones: el nivel vertical, que suele identificarse con la delegación, y el nivel horizontal, que suele identificarse con la división del trabajo en sentido estricto.

Por un lado, la división del trabajo en el plano horizontal se caracteriza por la igualdad entre los sujetos que participan⁸⁵. Cada uno de los trabajadores tiene encargada una tarea determinada y no existe entre ellos relación de subordinación jerárquica. Por otro lado, la división del trabajo en el plano vertical suele vincularse a la existencia de una estructura vertical jerárquica – aunque entre el superior jerárquico y el subordinado exista una división del trabajo, el ámbito de competencia del subordinado depende de la voluntad del superior.

Delegación de Funciones

El proceso en el que un sujeto confía o encarga la realización de cierta actividad a otra persona se denomina delegación de funciones⁸⁶, en otras palabras, da o cede a otro la jurisdicción que tiene por su cargo sobre un ámbito competencial determinado.

Los dos sujetos fundamentales en toda delegación son el delegante y el delegado. Ahora bien, el contexto actual se caracteriza por su complejidad, existiendo así una pluralidad de delegantes y delegados, los conocidos por la doctrina como casas de cadenas de delegación⁸⁷.

En tanto delegación supone cesión a alguien, cabe considerar si el delegante se desvincula por completo del objeto o si, por el contrario, sigue manteniendo alguna clase de facultad

⁸⁴ Montaner Fernández, Raquel (2008). *Gestión empresarial y Atribución de responsabilidad penal*. p. 82.

⁸⁵ Silva Sánchez, Jesús María (dir.) / Robles Planas, Ricardo (coord.) (2023). *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa: parte general y especial* (2ª ed.), p. 133.

⁸⁶ Silva Sánchez, Jesús María (dir.) / Robles Planas, Ricardo (coord.) (2023). *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa: parte general y especial* (2ª ed.), p. 135.

⁸⁷ Silva Sánchez, Jesús María (2018). *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, p. 18.

sobre lo delegado. Entiende la doctrina mayoritaria⁸⁸ que, si bien el delegado pasa a recibir la posición de garantía de manos del delegante, el delegante no puede desentenderse completamente de la situación. Así, la delegación no cancela la posición de garantía inicial, sino que se transforma, conservando ciertos deberes residuales sobre el ámbito delegado. En consecuencia, la delegación estaría presidida por un principio de desconfianza que obligaría al delegante a vigilar y controlar al delegado, de forma que, si este desempeñara delictivamente su actividad, el primero podría ser hecho penalmente responsable por no haber impedido el peligro al incumplir aquellos deberes.

Igualmente, es fundamental determinar cuál es el objeto susceptible de ser delegado. Aunque en la actividad empresarial no todo es delegable⁸⁹, se admite tanto la delegación de tareas mecánicas de ejecución de órdenes, como de funciones de control o vigilancia de una fuente de peligro o de protección de un bien jurídico, esto es, precisamente, de posiciones de garantía o delegación de competencias en sentido estricto⁹⁰.

En mayor profundidad, parte de la doctrina sostiene que la delegación puede incluso constituir un mandamiento de la posición garante cuando el deber de control sobre la fuente de peligro concreta requiere de una especialización técnica con el que el titular de la organización empresarial no cuenta⁹¹. Ahora bien, como afirmaba con anterioridad, también aquí la delegación del deber de garantía no supone que el delegante pierda absolutamente su condición como garante, quedándole así una posición de garantía subsidiaria⁹².

⁸⁸ Silva Sánchez, Jesús María (dir.) / Robles Planas, Ricardo (coord.) (2023). Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa: parte general y especial (2ª ed.), p. 135.

⁸⁹ En este sentido, por ejemplo, el Informe Olivencia sobre el Código del Buen Gobierno reconoce facultades indelegables del Consejo de Administración: aprobación de estrategias generales de la sociedad; nombramiento, retribución y destitución de altos directivos; entre otras.

⁹⁰ Meini Méndez, Iván Fabio. (2003). Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, p. 379.

⁹¹ Choclán Montalvo, José Antonio. (2003). Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales: tratamiento penal de la información societaria inveraz, p.43.

⁹² Mir Puig, Santiago / Luzón Peña, Diego Manuel (1996). Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, p.76.

La cuestión que subyace a lo anterior es qué competencias componen tal posición de garantía subsidiaria. La doctrina difiere en su concreción, aunque sí coincide en que tales deberes subsidiarios se proyectan sobre la actividad del delegado. Por un lado, SILVA SÁNCHEZ entiende que el garante subsidiario retiene la competencia de selección del delegado, la de vigilancia y supervisión de la actuación del delegado, la de información y formación del delegado, la de dotación de medios económicos y materiales y la de coordinación y organización de la actuación armónica de los delegados⁹³. Por otro lado, FRISCH considera que el deber incluye el deber de convicción de que el delegado cumple con el deber que le ha sido asignado⁹⁴.

En suma, el efecto principal de la delegación de funciones es la transformación de los ámbitos de competencia del delegante y delegado. Respecto al delegado, conlleva la creación de una nueva posición de garantía en su favor. Respecto al delegante, se descarga de los deberes que le obligaban, pero no de forma total, ya que aún le vinculan deberes subsidiarios.

3.2 Operatividad del Principio de Confianza en la Empresa

La tendencia dominante actual se erige en entender que, salvo en supuestos excepcionales, los administradores y altos directivos ostentan la responsabilidad preferente por los hechos delictivos realizados en el beneficio de la organización⁹⁵. Así, es cada vez más habitual que en casos de outputs lesivos acabe respondiendo penalmente algún directivo o miembro cualificado de dicha organización por no haber desplegado la suficiente diligencia de vigilancia y control a la hora de controlar las fuentes de peligro inherentes a la actividad empresarial lesiva⁹⁶.

En este trabajo el análisis de la imputación de responsabilidad penal individual en la empresa parte de la tesis de la gestión empresarial. En consecuencia, debe ubicarse el

⁹³ Silva Sánchez, Jesús María (2018). Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial, p. 17.

⁹⁴ Frisch, Wolfgang en: Mir Puig, Santiago / Luzón Peña, Diego Manuel (1996). Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, p.121.

⁹⁵ Feijóo Sánchez, Bernardo José (2007). Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico, CIIDPE, p.8.

⁹⁶ Feijóo Sánchez, Bernardo José (2007). Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico, CIIDPE, p.8.

foco en las actuaciones de aquéllos que tiene competencias sobre dicha gestión⁹⁷. Todos estos gestores se enfrentan asiduamente a tareas complejas en las que han de coordinar la actividad de un gran número de personas, y estas situaciones es indispensable que se gobiernen por una relación de confianza entre los distintos actores participantes⁹⁸.

En este mismo sentido se orienta la jurisprudencia y doctrina alemana: “si el directivo responsable de un departamento, infringe su deber de cuidado y en consecuencia lesiona un deber jurídico, sólo a él se le imputará el resultado lesivo”⁹⁹. Reconoce entonces la posibilidad de ampararse en el principio de confianza en la medida en que pueda justificarlo, de lo contrario la regla general es que existe una responsabilidad general (Gesamtverantwortung) para los directivos de una empresa¹⁰⁰. Bajo qué condiciones puede un directivo ampararse en esta confianza y desasirse de esta responsabilidad general, es lo que se tratará a continuación.

Al interior de la empresa le son aplicables los mismos principios examinados con anterioridad. Respecto a la división horizontal y vertical del trabajo, aclara CONTRERAS: “la división del trabajo vertical es consecuencia de la jerarquía interna de la empresa, comenzando con la persona que está en la cúspide, pasando por los ejecutivos o directivos a cargo de las distintas secciones o departamentos de la organización, hasta llegar a los operarios de mayor o menor cualificación. Por su parte la división horizontal del trabajo es imaginable en todos los niveles de la empresa, por ejemplo, al interior de cada uno de los departamentos”¹⁰¹.

La división funcional del trabajo, la delegación y el encargo de funciones constituyen técnicas empresariales que posibilitan que actividades complejas como la empresarial se desarrollen de manera coordinada y eficiente¹⁰². Tal es así, que sería prácticamente

⁹⁷ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 122.

⁹⁸ Ibid. p. 122.

⁹⁹ Contreras Chaimovich, Lautaro (2018). Productos defectuosos y derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto, p. 37.

¹⁰⁰ Ibid. p. 129.

¹⁰¹ Contreras Chaimovich, Lautaro (2018). Productos defectuosos y derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto, p. 96.

¹⁰² Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 121.

imposible encontrar hoy día una organización empresarial que no cuente con múltiples departamentos a cargo de distintas funciones.

En el plano de la delegación de funciones puede afirmarse que, por un lado, cuando el empresario encarga o delega una actividad en uno de sus subordinados, esto es, confía algo a alguien lo hace porque al menos ex ante, se fía de esa persona¹⁰³. Para responder a la cuestión de cuándo es legítimo fiarse de alguien sin estar sujeto a reproche penal, debe comprobarse si el pretendido acreedor de la confianza cumple con su deber de cuidado, teniendo en cuenta que en su contexto de actividad intervienen más personas también sujetas a unos estándares de diligencia¹⁰⁴.

Lo relevante desde una perspectiva jurídico-penal es construir los supuestos en los que el delegante está legitimado para fiarse de alguien o para confiar algo en alguien sin que pueda reprochársele criminalmente su actuación¹⁰⁵. Lo fundamental entonces es encontrar un equilibrio entre la confianza total y la total desconfianza, siendo ambos extremos igual de indeseables¹⁰⁶.

Así, uno de los elementos que reduce la complejidad y acelera el funcionamiento y rendimiento de toda actividad en la que intervienen varios sujetos, es la existencia de confianza entre los mismos¹⁰⁷. La confianza entre las personas que interactúan en una actividad compleja es fundamental para el interés de la propia actividad, confiar algo en alguien se materializa a través de instrumentos como la delegación o el encargo de funciones. Es evidente que si en cualquier actividad empresarial en la que se divide el trabajo cada sujeto tuviera que vigilar o controlar todas y cada una de las tareas realizadas por el otro, el desarrollo de la actividad sería inviable¹⁰⁸.

En el desarrollo de actividades complejas la confianza se configura como un valor que permite ganar tiempo a la empresa. Ahora bien, tal y como señala LUHMANN la

¹⁰³ Ibid. p. 129.

¹⁰⁴ Ibid. p. 140.

¹⁰⁵ Ibid. p. 123.

¹⁰⁶ Ibid. p. 123.

¹⁰⁷ Ibid. p. 123.

¹⁰⁸ Ibid. p. 124.

confianza no proporciona certeza sobre el futuro, sino que simplemente “aumenta la tolerancia a la incertidumbre”¹⁰⁹. Que exista confianza no significa que no existan riesgos o peligros de ser defraudado. Dicho de otro modo, confiar o fiarse de alguien no deja de ser una apuesta y, por tanto, no excluye la existencia de riesgos. Lo decisivo es determinar en qué ocasiones está permitido, a pesar de los riesgos, confiar en el comportamiento adecuado de los otros¹¹⁰.

Para hacer racional la posibilidad de confiar, la empresa establece pautas y normativas que hacen posible la convivencia. Un paso más allá en la delimitación del deber de cuidado puede derivarse de la existencia y “vinculación” a otra clase de normas sociales¹¹¹. En este punto me referiré a las reglas técnicas y las normas técnicas¹¹².

Las reglas técnicas en este sentido, obedecen a las condiciones estructurales de los sistemas técnicos, esto es, a los parámetros a partir de los que es posible saber si y de qué manera un sistema técnico cumple sus funciones¹¹³.

ESTEVE PARDO argumenta que, las reglas técnicas o *regulae artis*, son “métodos de proceder comúnmente reconocidos como idóneos en el sector profesional de que se trate”¹¹⁴. Las comúnmente conocidas como *lex artis*, en el caso de la actividad médica.

Estas reglas técnicas atienden al medio o procedimiento técnico a seguir en función de cuál sea el sector de trabajo. Se entiende que las reglas técnicas “no obligan a asumir determinados fines, pero imponen los medios para conseguir tales fines”¹¹⁵. Aunque suelen emplearse con frecuencia respecto de la obligación de medios médica, las reglas

¹⁰⁹ Luhmann, Niklas (1968). *Confianza (Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität)*, p. 26.

¹¹⁰ Montaner Fernández, Raquel (2008). *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*. p. 123.

¹¹¹ *Ibid.* p. 140.

¹¹² *Ibid.* p. 140.

¹¹³ Contreras Chaimovich, Lautaro (2018). *Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones*, vol.13, n.25, p.390.

¹¹⁴ Esteve Pardo, José (1999) *Técnica, riesgo y Derecho*, p. 57.

¹¹⁵ Montaner Fernández, Raquel (2008). *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*. p. 142.

técnicas pueden ser extrapoladas a cualquier actividad profesional en la que se siga un proceso técnico.

Según FRISCH, estas reglas tienen en común que constituyen la expresión de la experiencia y en este sentido posibilitan la fundamentación del juicio de previsibilidad imprescindible en la tipicidad de ciertas conductas¹¹⁶.

Las normas técnicas por su parte, obedecen a la formalización de las reglas técnicas. En aquellos casos en que esta plasmación se lleve a cabo por los organismos de normalización autorizados a tal efecto, se habla de una norma técnica reconocida. La norma técnica es una norma no jurídica que “supone la fijación escrita del contenido de la regla técnica mediante su sistematización por parte de los organismos de normalización”¹¹⁷.

Tanto las reglas como las normas técnicas, se constituyen fuera del ordenamiento jurídico, pero pueden tener efectos en el ámbito público, en aras de determinar la previsibilidad de cierto resultado. Por tanto, tienen una función de delimitación o por lo menos de orientación del contenido de deber de cuidado exigible a los sujetos en cada caso¹¹⁸.

La doctrina admite sin embargo que la infracción de reglas técnicas es, de entrada, solamente un indicio o indicador de la infracción del concreto deber de cuidado debido¹¹⁹. En la jurisprudencia, se encuentran pronunciamientos en favor de interpretar las reglas técnicas como reglas de cuidado “cuya función específica es la exclusión de peligros abstractos que, según la experiencia, pueden conducir a la realización típica” al contrario de las normas de cuidado penales “cuya función específica de la determinación de una forma de conducta para la evitación de una realización típica”¹²⁰.

¹¹⁶ Frisch, Wolfgang (2004). Comportamiento típico, p.199.

¹¹⁷ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 145.

¹¹⁸ Contreras Chaimovich, Lautaro (2018). Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones, vol.13, n.25, p.397.

¹¹⁹ Contreras Chaimovich, Lautaro (2018). Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones, vol.13, n.25, p.388.

¹²⁰ Perin, Andrea (2018). La redefinición de la culpa penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva, vol.13, n.26, p.893.

Para la determinación de la responsabilidad dentro del marco de la empresa, la doctrina aún desarrolla otro concepto a estudiar, ellos son los conocimientos especiales, refiriéndose a aquellos conocimientos de los que dispone un sujeto por encima de los requeridos para la función que desempeña o posición que tiene atribuida, se trata de conocimientos que están más allá, de los exigidos para el que sea el rol o posición social¹²¹. De aquí que, en determinados casos, proceda tener en cuenta, ya en el juicio ex ante de la creación de un riesgo desaprobado, los conocimientos especiales que posean los sujetos, pues ellos también contribuyen a la delimitación de sus esferas de libertad¹²².

Ahora bien, más que el rol formal que ocupa el sujeto con conocimientos especiales, debe estarse a lo que le sea exigible en el caso concreto. En este sentido, señala ROBLES PLANAS, partiendo de la figura del hombre medio normativamente construido, que “lo importante no es el saber del hombre medio, sino lo que jurídicamente se espere o se exige” de él y, por tanto, “lo relevante será determinar cuáles son los estándares normativos aplicables al caso”, esto es “los deberes de procurarse conocimientos que el ordenamiento jurídico-penal puede exigir a los ciudadanos”¹²³.

En el marco de la actividad empresarial, resulta de vital importancia en este punto referirse a la delegación de funciones, en tanto ésta supone una interdependencia funcional de sus intervinientes y, por tanto, de los ámbitos de responsabilidad¹²⁴. Determinar, por ejemplo, cuál es el deber de cuidado del que delega una determinada competencia a un tercero. La delegación es una técnica a través de la cual quien la acciona (delegante) tiene la posibilidad de “descargarse” de sus funciones y competencias iniciales traspasándolas o transfiriéndolas a otra persona (delegado)¹²⁵. Con ella, tiene lugar una transformación de las esferas de responsabilidad individual tanto del sujeto delegante como del delegado¹²⁶.

¹²¹ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 147.

¹²² Ibid. p. 143.

¹²³ Robles Planas, Ricardo. (2003). La participación en el delito, p. 208.

¹²⁴ Robles Planas, Ricardo. (2003). La participación en el delito, p. 208.

¹²⁵ Montaner Fernández, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. Revista De Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550: 733-782, Universidad de Santiago de Compostela, España, p. 742.

¹²⁶ Ibid. p. 742.

En palabras de CONTRERAS, es opinión de la doctrina que quien lleva a cabo la delegación puede confiar por regla general, en que el subordinado o el tercero, a quien se le ha transferido el deber, cumplirá con este adecuadamente¹²⁷.

Al respecto MONTANER distingue, entre una delegación de funciones, y un simple encargo de ejecutar una función¹²⁸. En el ámbito de delegación de funciones, el delegante que es titular de un determinado ámbito de competencia delega en otra persona su ámbito de competencia, confiando en que, esta última es competente de aquello que le ha sido traspasado¹²⁹. En cambio, el delegante queda relegado a un segundo lugar, es decir, puede ser responsable como participe del hecho delictivo cometido por su subordinado-delegado (siempre y cuando haya incumplido sus deberes residuales), de este modo la relevancia de los conocimientos especiales se plantea aquí, respecto a intervenciones no inmediatamente lesivas, esto, en el marco de la participación en el delito¹³⁰.

En tanto que aquí se plantea la incidencia de la delegación en el marco de la actividad empresarial de la que pueden derivarse riesgos para terceros, esto supondrá que tanto la función residual del delegante como la función principal del delegado están encaminadas, si bien en diferente medida, a la evitación de estos riesgos para terceros¹³¹.

Del alcance de la delegación corresponderá analizar en cada caso, distinguir ante qué tipo de delegación nos encontramos. Si se trata, por ejemplo, del gerente de operaciones que delega una función específica en un ingeniero junior, se conserva el deber residual, de control y vigilancia de la operación en cuestión, al estar a su cargo la “obra terminada”¹³². Distinto es el caso del gerente general de una empresa, que delega en un gerente de

¹²⁷ Contreras Chaimovich, Lautaro (2018). Productos defectuosos y derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto, p. 105.

¹²⁸ Montaner Fernández, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Revista De Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550: 733-782, Universidad de Santiago de Compostela, España, p. 742.

¹²⁹ *Ibid.* p. 743.

¹³⁰ Montaner Fernández, Raquel (2008). *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*. p. 152.

¹³¹ Montaner Fernández, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Revista De Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550: 733-782, Universidad de Santiago de Compostela, p. 743.

¹³² *Ibid.* p. 743.

operaciones, la fabricación de un producto específico, pues en este caso, por la posición del cargo, el gerente general, por motivos lógicos no conserva deberes residuales, si ex ante ejecutó con el debido cuidado sus funciones.

Con el encargo de la ejecución de una función, el competente sobre un determinado ámbito se sirve de la colaboración de un sujeto para la ejecución de una determinada función¹³³. En este caso, no existe un traslado de la posición de garantía sino simplemente una descarga en lo que supone la ejecución de funciones¹³⁴. Por tanto, el mandante sigue siendo el principal competente y por ello, el garante de la evitación de los riesgos que surjan de su ámbito de competencia¹³⁵. De esta forma, cuando existan normas de conducta que obliguen a supervisar o a controlar la actividad del otro (deberes de vigilancia), aquel miembro del equipo que no cumpla con semejantes normas no podrá eximirse de responsabilidad aludiendo a la autorresponsabilidad del otro integrante del equipo que ocasionó el resultado lesivo de un modo inmediato; por el contrario, tal resultado también podrá imputársele¹³⁶.

MONTANER igualmente se refiere al delegado que posee conocimientos especiales¹³⁷ (recordándolos cómo los que están sobre el margen). Según su punto de vista, el delegado que tras la realización de la delegación pasa a ocupar la posición que hasta el momento ocupaba el delegante, se convierte en el principal responsable con respecto al objeto de la delegación¹³⁸. Como garante de ese ámbito de competencias que ha asumido, debe evitar cualquier output lesivo que se derive de su ámbito de responsabilidad.

De esta forma, podemos señalar, que concurriendo los presupuestos que hacen posible confiar, y adoptadas las medidas de cuidado, el delegado que ostenta un cargo subordinado, pero altamente especializado, es el principal responsable de los bienes

¹³³ Ibid. p. 743.

¹³⁴ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 154.

¹³⁵ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 154.

¹³⁶ Contreras Chaimovich, Lautaro (2018). Productos defectuosos y derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto, p. 78.

¹³⁷ Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. p. 154.

¹³⁸ Ibid. p. 154.

jurídicos en juego, traspasándose esa posición desde quien actúa como mandante. Otra explicación, parece hacer impracticable el eficiente funcionamiento de una empresa.

3.3 Conclusiones Provisionales

PRIMERA

Tanto en España como en Alemania, el principio de confianza constituye un principio de creación jurisprudencial de consolidación progresiva aplicado por primera vez en el ámbito del tráfico rodado a motor a mediados del siglo XX. Su formulación originaria establece que el participante del tráfico que se comporta correctamente puede contar con que los demás se comporten también correctamente, salvo que, en atención a las circunstancias del caso, quepa esperar lo contrario.

SEGUNDA

En cuanto a la fundamentación del principio de confianza, parece difícil identificar una teoría que resulte completamente adecuada para fundamentar el principio de confianza. En mayor o menor medida, en todas pueden encontrarse problemas para justificar los presupuestos de aplicación del principio.

Si se fundamenta en la teoría del premio, en tanto que se exige la realización de una conducta conforme a una determinada norma para contar con la posibilidad de confiar, no puede explicar por qué hay supuestos en los que, a pesar de actuar reglamentariamente, el deber de evitar conductas incorrectas de terceros subsiste (e.g. cuando el conductor circula respetando el límite de velocidad reconoce que un peatón va introducirse incorrectamente a la calzada) o por qué hay casos en los que no se cumple con la norma pero se exime de responsabilidad con motivo de la conducta incorrecta del tercero (e.g. cuando el conductor que circula sin haber renovado el carnet colisiona con un ciclista que no ha respetado la señal de stop).

Si se fundamenta en lo imprevisible que resulta como regla general el comportamiento incorrecto de los terceros, los problemas se producen porque se parte de una afirmación cuestionable. La propia experiencia demuestra que los terceros con frecuencia actúan sin respetar siquiera las normas más elementales.

Si se fundamenta en un principio de autorresponsabilidad, para que pueda darse la expectativa de comportamiento debido, el tercero debe ser una persona “responsable” y,

por tanto, cuando se trate de personas impedidas física o psíquicamente, el principio de confianza sería inaplicable para quién pretende confiar.

TERCERA

En cuanto a los límites del principio de confianza, sólo puede confiar quién se ha comportado conforme a derecho. Asimismo, el principio de confianza constituye un límite al deber de cuidado, pero no significa que las personas se puedan comportar imprudentemente en virtud de la confianza en el cuidado de otros. No obstante, decaerá el principio de confianza cuando se evidencie un comportamiento antijurídico de un tercero.

Igualmente, en algunos casos el principio de confianza se ve desvirtuado por razones normativas relacionadas con la existencia de especiales deberes de cuidado sobre conductas antijurídicas o de deberes de desconfianza.

CUARTA

Para que tenga lugar la aplicación del principio de confianza deberá contarse, en primer lugar, con la existencia de un ámbito de responsabilidad ajena referente al deber de cuidado de un tercer sujeto penalmente responsable. Además, tal deber de cuidado deberá fundamentarse en una relación negativa tanto respecto al riesgo (inexistencia de medidas de doble aseguramiento) como con el tercero (inexistencia de deber de cuidado frente a la actuación del tercero). Por último, no podrán existir circunstancias en el caso concreto que hagan pensar que el tercero se fuera a comportarse incorrectamente.

QUINTA

La realidad empresarial actual opera mediante el modelo de gestión descentralizado, caracterizado por los principios de división del trabajo, la especialización, la subordinación jerárquica y la descentralización de la toma de decisiones.

SEXTA

El responsabilizar en general a los directivos de una empresa por los resultados perjudiciales de las actividades de la compañía parece a priori razonable. Esto se debe a las desigualdades de información en los procesos de toma de decisiones, la posición privilegiada de los directivos en relación con los consumidores y los bienes jurídicos en juego.

Cabe destacar que la responsabilidad de los directivos, como un deber general, es deseable. Las exenciones de responsabilidad deben ser examinadas con mayor detenimiento y sistematización. De lo contrario, ocupar un cargo directivo se vuelve extremadamente gravoso. Como señala PAREDES CASTAÑÓN, en cuanto a la aplicación del principio de confianza en casos de división del trabajo, aunque las acciones de los diferentes participantes estén integradas en un plan común y respondan a un programa de actuación específico, puede favorecer, ciertamente, que los sujetos tengan una mayor posibilidad de conocer los riesgos que encierra la actividad, pero no ha de conducir necesariamente a un deber de prever y evitar los riesgos ocasionados por las conductas incorrectas de los demás intervinientes en el proceso¹³⁹.

Una supervisión y control constantes por parte de aquellos responsables del resultado, como los directivos de la empresa, no solo harían ilusoria la división del trabajo, sino que también afectarían la libertad individual. Tanto los encargados de vigilar y controlar constantemente, que no podrían ocuparse de sus propias tareas de manera independiente, como aquellos que deben ser vigilados y controlados constantemente por quienes les delegaron funciones, se verían afectados.

El derecho se desautoriza a sí mismo como un medio para asegurar intercambios sociales pacíficos si parte de la premisa de que los individuos actuarán de manera no reglamentaria. Parece que la idea de que los directivos de las empresas tengan una responsabilidad general por cualquier daño grave causado por la empresa como resultado de la imprudencia de sus subordinados requiere niveles de culpa más altos que los del ciudadano promedio.

¹³⁹ Pérez Castañón, José Manuel / Rodríguez Montañés, Teresa (1995). El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, p.160.

PARTE II: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 234/2010

1. Fundamentación Jurídica de la Mayoría

La postura preponderante sostiene que los miembros del Consejo de Administración no están sujetos a deberes de supervisión recíprocos. Esta posición se fundamenta en la dinámica existente entre los integrantes del Consejo, así como en el artículo 11 del Código Penal, que establece los principios de imputación por omisión. Asimismo, se considera el carácter de las actividades llevadas a cabo por el consejero responsable constituyen motivos suficientes para subsumirse en un delito de apropiación indebida.

En relación con la interacción entre los miembros del Consejo, resulta patente la ausencia de una estructura jerárquica establecida. Respecto al segundo aspecto, la normativa establece la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un empresario ordenado y de mantenerse informado sobre el desenvolvimiento de la sociedad, sin embargo, esto no conlleva una supervisión exhaustiva de las actividades de los demás miembros. En cuanto al tercer aspecto, se hace hincapié en que las acciones del administrador acusado se enmarcaban dentro del objeto social y no representaban un riesgo sustancial para intereses externos que justificara una supervisión particular.

Además, se esgrimen argumentos adicionales, como la falta de certeza de que el cumplimiento de deberes de supervisión habría posibilitado la detección y prevención de las acciones delictivas del consejero implicado, con el fin de desestimar la imputación objetiva del resultado delictivo. Por último, se menciona el desconocimiento efectivo de la actividad delictiva por parte de los restantes miembros del Consejo.

2. Voto Particular de Bacigalupo Zapater

El voto particular acepta en gran medida las premisas y conclusiones de la mayoría, incluyendo la referencia al artículo 11 del Código Penal y la afirmación de que los miembros del Consejo de Administración tienen una posición de garante, tanto en relación con sus competencias inherentes como con respecto a sus subordinados.

Sin embargo, difiere en cuanto al contenido del deber legal de los administradores, el cual, según el artículo 11 del Código Penal, determinaría el alcance de su posición de garante. Específicamente, sostiene que el concepto de "ordenado empresario" del artículo 127.1 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas constituye un elemento normativo "empírico-cultural", cuyo contenido debe definirse en función de los valores culturales

predominantes en una sociedad determinada. Según el magistrado Enrique Bacigalupo, "un empresario ordenado tiene la obligación de supervisar que otros miembros del consejo de administración no desvíen fondos de la sociedad".

En su opinión, esto se deriva de las modernas exigencias del derecho mercantil, de las recomendaciones establecidas en el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo y de los valores de la cultura empresarial actual.

3. Reacción Doctrinal

3.1 Posición de Manuel Jaén Vallejo¹⁴⁰

Para JAÉN VALLEJO la conclusión alcanzada por BACIGALUPO ZAPATER en el voto discordante resulta impecable.

Desde la perspectiva del artículo 127 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas, deja claro que los administradores tienen el deber de administrar correctamente, desempeñando su cargo con la diligencia del empresario ordenado, actuando lealmente y sin perjudicar el patrimonio ajeno cuya administración tienen encomendada. En este contexto, centra su enforque, como el voto particular, en los "deberes de vigilancia", cuya función es cuidar una potencial fuente de peligro para evitar que el patrimonio de los inversores resulte lesionado. Entre estos potenciales peligros se encuentra la hipótesis de distracción de dinero por parte de otros miembros del consejo de administración, que es precisamente la situación abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS).

En contraposición, a la posición mayoritaria, reafirma que un ordenado empresario tiene el deber de vigilar la legalidad de la actuación de la sociedad de la cual es miembro del consejo de administración, incluyendo la obligación de vigilar que otros miembros del consejo no distraigan dinero de la sociedad. Este deber recaería sobre todos los miembros del consejo, a menos que haya una delegación de funciones, es decir, una delegación de la posición de garante. Aunque este aspecto no se planteaba en el caso resuelto por la STS, su importancia sería innegable en los delitos vinculados a la actividad corporativa (*betriebsgezonnen Delikten*).

¹⁴⁰ Jaén Vallejo, Manuel (2010). Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un consejo de administración: ¿debe extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la distracción de dinero? (STS núm. 234/2010, de 11-3). Cuadernos de Política Criminal, 102, 247-254.

Concluye su análisis sobre el deber de vigilancia de los administradores, señalando que este deber surge del concepto de "ordenado empresario", el cual tiene un alto nivel de exigencia en el cumplimiento de los deberes de vigilancia, según las modernas exigencias del derecho mercantil, las recomendaciones establecidas en el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo y los valores de la cultura empresarial.

3.2 Posición de Jesús María Silva Sánchez¹⁴¹

SILVA SÁNCHEZ aboga por la opinión clásica favorable a la aplicación del principio de confianza.

Considera que la divergencia entre la posición mayoritaria y la minoritaria es de naturaleza fundamentalmente fáctica. En concreto, la relativa al conocimiento por parte de los restantes miembros del Consejo de la actuación del consejero que cometió el delito de apropiación indebida.

Entiende que la sentencia no solo niega tal conocimiento, sino que incluso abriga dudas acerca de que hubiera podido ser alcanzado de haberse llevado a cabo hipotéticas conductas de vigilancia. El voto particular, por su parte, señalaría justamente lo contrario: por un lado, indica que existirían razones "para sospechar una distracción de dinero en perjuicio de los inversores"; por el otro, señala que los miembros del Consejo tendrían conocimiento de que la sociedad no podía responder al pago de los altos intereses pactados, pese a lo que permitieron que, con posterioridad, el consejero en cuestión recibiera dinero para invertir en obligaciones hipotecarias.

Esta discrepancia sería decisiva. Pues si la mayoría hubiera considerado probado el conocimiento de los demás miembros del Consejo de Administración acerca de los manejos del consejero que distrajo las cantidades entregadas, habría podido condenar a aquél sin necesidad de asumir la existencia de un deber de vigilancia en la relación horizontal interna del Consejo. Bastaría con el recurso al principio de confianza en su concepción tradicional y, en concreto, al cese de su incidencia protectora cuando aparecen

¹⁴¹ Silva Sánchez, Jesús María (2010). Deberes de los miembros de un Consejo de Administración [a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo]. Opinión corregida, a la que me referiré más adelante, en: Silva Sánchez, Jesús María (2018). Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial, p. 50.

indicios de la actuación defectuosa de otro individuo que se encuentra situado en el mismo plano horizontal.

Para decidir si en un determinado espacio rige el principio de confianza u otro principio, sería necesario precisar cuál es la especificidad de las relaciones entre garantes. Esta relación no podría ser la que generara deberes de vigilancia de uno sobre otro (aquí regiría la desconfianza) ni tampoco una en la que rijan con claridad el principio de separación de esferas (aquí regiría la neutralidad). Una situación intermedia podría darse en ciertas interacciones en el seno de un grupo bien definido, con relaciones estrechas, relativa fungibilidad de los roles, igualdad, reciprocidad y un objetivo o misión bien determinado.

A su entender, éste es precisamente el caso del Consejo de Administración y, en concreto, de sus miembros entre sí. En el grupo así definido, el deber complementario de subsanar la incorrección ajena es un reflejo del deber negativo que el grupo en su conjunto tiene frente a un tercero (la sociedad, en el caso que nos ocupa). En todo caso, lo decisivo es que el sujeto, mediante su integración en el Consejo de Administración (acto de asunción), asume un contenido de deber institucional en parte cerrado y en parte abierto a las circunstancias (que pueden dar lugar a la producción de un acto defectuoso ajeno).

No es el conocimiento el que genera el deber, sino que el deber preexiste (y hay que determinar su contenido) y el conocimiento del acto defectuoso ajeno permite la imputación de su infracción. Ahora bien, debe quedar claro, por un lado, que no se trata de un deber de garante de vigilancia: es decir, que no hay un deber de organizar el modo de adquirir el conocimiento sobre lo que hacen los demás. Y, por otro lado, que el acto delictivo ajeno puede aparecer - en la representación de los demás - con muy distintos grados de intensidad: si se trata de un delito doloso, únicamente un conocimiento seguro o probable podrá fundamentar la imputación de responsabilidad omisiva por infracción del deber de evitar el hecho delictivo ajeno.

En conclusión: en su opinión, los miembros de un Consejo de Administración tienen deberes de garante recíprocos. Sin embargo, estos deberes no son de vigilancia. Ello significa que los consejeros no tienen el deber de organizar mecanismos recíprocos de vigilancia sobre las conductas que realizan unos y otros. Pero sí significa que, si un consejero adquiere el conocimiento, aunque sea en términos de probabilidad, de la comisión de un delito por parte de otro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita.

Revisión tras la Reforma del Código Penal de 2015

SILVA SÁNCHEZ sometió su postura inicial a modificación¹⁴² tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reformó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Del novedoso artículo 31 bis 2. 1ª CP se inferiría la existencia de un deber de vigilancia recíproco entre los miembros del órgano de administración de la empresa, que podrá cumplirse de modo directo o delegado a través del *compliance officer* que gestione el programa de gestión y prevención de delitos. Así, en tanto que los miembros del Consejo pueden ser también sujetos activos de la comisión de delitos que generen responsabilidad penal de la persona jurídica, es coherente que el modelo de prevención y gestión de delitos promovido por el propio Consejo prevea medidas de vigilancia sobre sus propios miembros – ya sea por un órgano superior al propio Consejo o por el propio Consejo.

Asimismo, tal posición jurídica del Consejo estaría también fundamentada en la cultura del *compliance*, que impone a los miembros del Consejo un deber jurídico-penal de inculcar en los integrantes de la empresa una cultura de cumplimiento del Derecho penal. En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 traslada el interés de que los miembros del órgano de administración observen los más altos estándares éticos de respeto a la norma, así como recuerda que éstos deberán promover una verdadera cultura ética empresarial y reafirmar una cultura corporativa de respeto a la ley.

Tales premisas provocan una reconfiguración de las relaciones horizontal en el Derecho penal de la empresa, en tanto que la vigencia del principio de confianza, decae en pro del principio de desconfianza, que constituye la base del deber de vigilancia.

¹⁴² Silva Sánchez, Jesús María (2018). Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial, p. 50.

4. Conclusiones Provisionales

PRIMERA

BACIGALUPO ZAPATER aportó la primera opinión jurisdiccional favorable al reconocimiento de un deber de vigilancia recíproco entre los administradores en la STS 234/2010.

SEGUNDA

A pesar de las reacciones doctrinales divergentes inmediatamente posteriores a la resolución, tras la reforma del Código Penal de 2015 y la introducción del artículo 31 bis 2. 1ª CP, no cabe duda de que los administradores cuentan con el deber de desplegar diligencias de vigilancia recíproca.

Tal deber deberá materializarse bien de forma directa, por el propio Consejo u órgano de administración, o bien de forma indirecta, a través del *compliance officer*, mediante la instauración de un programa de prevención y gestión de delitos, que también contará con medidas de vigilancia sobre sus propios miembros.

TERCERA

El principio de confianza reconocido por la opinión mayoritaria en la STS 234/2010 decae en favor de la vigencia de un principio de desconfianza, que fundamenta el deber de vigilancia.

PARTE III – PROBLEMAS PRÁCTICOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO – RESPONSABILIDAD PENAL DEL SOCIO POR LAS CONDUCTAS DELICTIVAS DE LA SOCIEDAD

1. Introducción

En el análisis de la responsabilidad penal de las estructuras empresariales, la doctrina ha ignorado con frecuencia a los titulares del negocio, los socios.

La figura del socio suele examinarse desde una perspectiva fundamentalmente pasiva¹⁴³. Primero, se le reconoce como titular de una serie de derechos económicos, políticos y de naturaleza dual (como el derecho a participar en la distribución de dividendos, a la información y a la asistencia en la junta general, así como el derecho de suscripción preferente). Segundo, se le considera como una persona facultada para presentar una demanda individual de responsabilidad contra los administradores por acciones que le hayan causado un daño directo durante la actividad social (Art. 241 LSC). Tercero, se le reconoce como un agente cuyos intereses merecen protección legal y penal frente a ciertas conductas perjudiciales (Art. 291 CP). Y finalmente, se le considera como un tercero inocente que sufre consecuencias económicas debido a la imposición de sanciones a la persona jurídica como resultado de la comisión de un delito en su seno.

En el extremo opuesto, se encuentra la perspectiva que enfatiza al socio como cotitular de la actividad social, lo que implica una concepción donde la actividad social es de interés directo para el socio y forma parte de su esfera organizativa. Esta visión, que parte de la idea de que el socio asume una especie de posición de garante primaria, o en términos más precisos, junto con el conjunto de los socios, no implica necesariamente deberes más allá de sus capacidades reales de actuación. Sin embargo, sugiere que el socio no puede desentenderse de las decisiones de los órganos sociales y se le podría exigir que intente detener, dentro de sus facultades y poder real de actuación, cualquier curso delictivo originado en el órgano de gobierno o incluso en el órgano de administración.

Ambas concepciones conducen a soluciones radicalmente desiguales en la definición de la relación entre socio y sociedad, y ello condiciona la respuesta a la cuestión si se puede

¹⁴³ Cigüela Sola, Javier (2019) “La responsabilidad penal de los accionistas por la criminalidad corporativa”, en Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 728.

considerar al socio jurídico-penalmente responsable en alguna medida de los delitos cometidos por las personas integrantes de los órganos de administración.

2. Tesis de la Separación de Esferas de Competencia¹⁴⁴

PASTOR MUÑOZ reconoce al socio como el titular originario de la gestión social, siendo en consecuencia la posición del administrador derivada. Entiende que cuando el órgano de gobierno aprueba los estatutos y establece los términos de la actividad, delimita la esfera de operación de la sociedad y define el marco en el cual el órgano de administración lleva a cabo su labor. Este último recibe un encargo de gestión de la Junta y asume la esfera de responsabilidad que era originariamente de los socios.

Para la autora, es difícil aceptar un modelo en el que los socios mantengan responsabilidades de vigilancia sobre el órgano de administración en base a: por un lado, a la habitual incapacidad de vigilancia de los socios sobre la Administración, ya que no necesariamente poseen conocimientos suficientes en el sector de actividad de la empresa; por otro lado, en que la delegación en los administradores permite a los socios desentenderse en gran medida de la actividad social, lo que sugiere que no deberían tener deberes residuales de vigilancia. En su opinión, la solución más convincente implica que el único deber residual del socio es revisar si se cumplen los términos de la delegación, lo que le permitiría recuperar su posición de garantía original.

Por tanto, si el traspaso o delegación de la gestión se realiza eficientemente (con la elección adecuada de la persona, dotación de recursos y provisión de la información necesaria), esto resulta en una separación de esferas o delegación sin deberes de vigilancia ni reacción: delegación porque la responsabilidad inicial recae en el socio (si hubiera optado por ser empresario individual, la gestión sería suya), sin deberes de vigilancia ni reacción porque implica que la actividad del administrador queda apartada de la del socio.

En cuanto a la cuestión de si los supuestos donde inicialmente hay una separación de esferas persiste un deber residual – característico del principio de confianza –, PASTOR MUÑOZ arguye que el socio puede desentenderse de la actividad delegada al administrador. Por ende, para la autora los conocimientos especializados no generan deberes organizativos de reacción. En otras palabras, si un socio sabe de alguna

¹⁴⁴ Pastor Muñoz, Núria (2019). ¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa?: Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio. *Diario la Ley*, 9400, 3.

irregularidad, pero no toma medidas (como solicitar una junta extraordinaria o pedir información al órgano de administración), no estaría interviniendo en el delito del administrador, sino que estaría incumpliendo un deber institucional, incluso podría incurrir en un delito de omisión de socorro en algunos casos.

La cuestión esencial no radicaría en el beneficio que el socio pudiera obtener del delito del administrador, sino en si, una vez que se ha configurado la posición de garante del administrador mediante la delegación de responsabilidad por la gestión de la actividad social, los socios pueden desentenderse completamente de la actividad del administrador sin siquiera verificar si se mantienen los requisitos de una delegación correcta y eficiente. La delegación efectúa una reconfiguración de las posiciones de garante, separando las esferas del delegante y del delegado, pero esto no significa que los efectos de esta reconfiguración duren indefinidamente.

Es crucial determinar cuándo y con qué grado de intensidad el garante original debe revisar si se mantienen los requisitos materiales de la delegación, y si, al obtener información casual sobre la actividad defectuosa del delegado, el garante debe asumir nuevamente su posición original de garantía. Esto le plantea dos preguntas distintas: la primera se refiere a si el socio debe revisar la actividad del administrador en la junta general, cuando se debate la prórroga del nombramiento del administrador, La segunda pregunta se relaciona con si hay una recuperación de la posición de garantía original por parte del socio que, casualmente, se entera de la conducta cuestionable del administrador, pero no toma medidas al respecto.

En cuanto a la primera pregunta, tiene sentido que las delegaciones, que inicialmente son correctas y reconfiguran las posiciones de garantía, estén ligadas a una revisión periódica de sus fundamentos materiales¹⁴⁵. En todos estos casos, si el garante original renueva la delegación de manera defectuosa porque el delegado ya no es idóneo para la tarea (ya sea para gestionar la sociedad, cuidar al paciente o al menor), los socios que, al someter la gestión social a control (según el artículo 160.a de la LSC), descubren la naturaleza delictiva de la gestión del administrador pero aun así aprueban la gestión y no cesan al administrador, ya no pueden desentenderse de las consecuencias futuras de su gestión delictiva.

¹⁴⁵ En este sentido, Art. 160 b) de la Ley de Sociedades de Capital.

En relación a la segunda cuestión, si el garante original se entera casualmente de la conducta delictiva del delegado, los conocimientos adquiridos casualmente por el socio son considerados conocimientos especializados. Por lo tanto, no existe una obligación organizativa por parte del socio de reaccionar ante tales conocimientos bajo la amenaza de intervenir en el delito del administrador.

3. Tesis del Principio de Confianza¹⁴⁶

Son los socios fundadores quienes, al llevar a cabo el acto jurídico de otorgamiento de la correspondiente escritura pública de constitución de la empresa y su posterior inscripción en el Registro Mercantil, introducen esa fuente de riesgo en el mundo empresarial. Tiene sentido entender, por lo tanto, que les corresponde originalmente el controlarla adecuadamente.

TURIENZO FERNÁNDEZ encuentra justo que los socios asuman el compromiso de garantizar que el desarrollo de la actividad comercial no perjudique a otros. Al socio se le prohíbe ampliar su dominio a expensas de los demás, específicamente configurando una estructura corporativa criminal que perjudique a intereses ajenos. Por lo tanto, si omiten implementar mecanismos organizativos adecuados para controlar los posibles resultados perjudiciales derivados de la actividad comercial, sería completamente justificado considerarlos responsables de esas consecuencias dañinas que finalmente ocurran.

Además, recalca que la condición de socio no siempre tiene que ser asumida en la misma etapa de fundación de la empresa. Esta condición también puede adquirirse en relación con una actividad social que ya esté en curso, ya sea mediante la compra de un paquete de acciones o a través de una sucesión hereditaria de un conjunto de participaciones sociales.

En consecuencia, lo fundamental para configurar una posición de garantía en el socio es la asunción original por parte de este de un compromiso de control de los riesgos surgidos en relación con el negocio que haya constituido libremente o al que se haya vinculado estando ya en funcionamiento. Sin embargo, el autor matiza que a menos que los socios opten por desempeñar funciones de gestión y representación de la empresa al mismo

¹⁴⁶ Turienzo Fernández, Alejandro (2022). Consideraciones acerca de la responsabilidad penal por omisión de los socios en relación con la criminalidad corporativa. *Estudios Penales y Criminológicos*, 42.

tiempo, la responsabilidad principal de garantizar una organización adecuada y coordinada recaerá en el órgano de administración. Esto significa que el órgano de administración constituye un delegado de los socios, ya que son estos quienes inicialmente están obligados a promover una organización adecuada en la empresa.

A continuación, el autor sopesa críticamente las reflexiones de PASTOR MUÑOZ. Opina que la principal razón para apelar exclusivamente al ámbito de responsabilidad del delegado y exonerar prácticamente al delegante sería la extrema dificultad que enfrentaría este último para controlar al primero debido a la carencia de conocimientos y habilidades especializadas. Sin embargo, cree que tal visión oscurece la idea de que al delegante se le cargan una serie de deberes residuales de vigilancia y control basados en algo distinto. Esto es esencialmente consecuencia de que el delegado sigue operando dentro del ámbito de organización del delegante, por lo que este último no puede desvincularse completamente de la actuación del primero, especialmente cuando esta se considere defectuosa.

En cuanto a la visión de que la delegación de competencias autorizaría al socio a desentenderse respecto a la actividad del administrador social, negando incluso la posesión por parte de este de deberes de reacción, la delegación realizada equivaldría, desde su punto de vista, en esencia, a una transferencia prácticamente total de competencias entre ambos sujetos, en expresión estricta del clásico paradigma de la separación entre la propiedad y el control. Sin embargo, parece extraño que el propietario de un riesgo pueda desligarse de su debido control, lo que podría desencadenar inadecuadas consecuencias de irresponsabilidad organizada. Al socio le bastaría con delegar en un administrador capaz y con medios para luego despreocuparse de cómo se llevan a cabo las cosas en la organización, maximizando así sus intereses, lo que equivaldría a transferir el riesgo inherente a la actividad empresarial en beneficio propio. El socio, al igual que cualquier otro delegante, no puede ser tratado como un sujeto ajeno a un ámbito de organización que en origen le correspondía y que ahora otro se encarga de gestionar. Por lo tanto, tiene sentido atribuirle una posición de vigilancia secundaria.

De hecho, juzga que PASTOR MUÑOZ, a pesar de abogar por el principio de estricta separación de esferas, luego admite la existencia de un deber del delegante de "prorrogar" la delegación mediante la verificación periódica de sus presupuestos materiales. Al dar cabida a esta idea, parece que Pastor Muñoz estaría admitiendo, aunque implícitamente, que las respectivas esferas de organización de los socios y el órgano de administración,

en realidad, no están tan separadas como inicialmente podría parecer. Si un delegante tiene que verificar periódicamente la corrección de su delegado, es porque lo que hace este último, en el fondo, no le resulta tan indiferente. Este deber de revisión, cuyo reconocimiento comparte, no dejaría de ser, en esencia, una manifestación de un deber de vigilancia y control residual que seguiría radicando en el círculo de responsabilidad del delegante.

Quizás a lo expresado se podría replicar que una cosa es revisar que los presupuestos básicos de los que depende la validez de la delegación sigan siendo satisfechos y otra distinta es comprobar que el delegado está dando correctamente cumplimiento a su haz de competencias, en cuyo caso, el deber de revisión propiamente estaría asociado con lo primero antes que con lo segundo.

Para el autor, la delegación de competencias practicada por los socios en nada diferiría respecto a cualquier otro tipo de delegación, por lo que la posición de deber de los socios no desaparecería, sino que mutaría en otra residual. Con comprobar el actuar diligente de su delegado, verificando tanto que él mismo no actúa antijurídicamente como que adopta las medidas organizativas oportunas para prevenir la comisión de ilícitos penales en la empresa en lugar de tolerar o incluso promover una estructura corporativa criminógena, ya daría cumplimiento a su esfera de deber.

4. Conclusiones Provisionales

PRIMERA

La responsabilidad penal de los socios por las conductas delictivas de la sociedad ha sido objeto de poca atención por parte de la doctrina. Se diferencian dos posiciones radicalmente desiguales: la tesis de la separación de esfera de competencia, por PASTOR MUÑOZ; la tesis del principio de confianza, por TURIENZO FERNÁNDEZ.

SEGUNDA

Según la tesis de la separación de competencias, el socio es el titular original de la gestión social, mientras que la posición del administrador deriva de esta titularidad. La aprobación de estatutos y términos de actividad por parte del órgano de gobierno delimita la esfera de operación de la sociedad y define el marco para la labor del órgano de administración. La delegación de responsabilidades al administrador libera en gran

medida a los socios de deberes de vigilancia, salvo la revisión para asegurar el cumplimiento de los términos de la delegación.

La eficiente delegación de gestión resulta en una separación clara de responsabilidades, sin deberes residuales de vigilancia para los socios. La pregunta clave es cuándo y con qué intensidad deben los socios revisar si se mantienen los requisitos de la delegación. Si descubren conductas delictivas del administrador, pero no toman medidas, pueden incurrir en responsabilidad. La renovación defectuosa de la delegación también puede implicar responsabilidad para los socios.

En cuanto a la recuperación de la posición de garantía original por parte del socio que se entera casualmente de conductas delictivas del administrador, no existe obligación organizativa de reaccionar, ya que los conocimientos adquiridos casualmente son considerados especializados. La separación de esferas entre socio y administrador implica una redistribución de responsabilidades, pero los socios aún deben asegurarse de que se cumplan los términos de la delegación.

TERCERA

En virtud de la tesis del principio de confianza, se sostiene que los socios fundadores introducen un riesgo empresarial al constituir la empresa, lo que implica que originalmente les corresponde controlarlo adecuadamente. Considera justo que los socios asuman la responsabilidad de garantizar que la actividad comercial no perjudique a otros, ya que están prohibidos de ampliar su dominio a expensas de terceros.

La condición de socio puede adquirirse en cualquier etapa de la empresa, ya sea al fundarla o al adquirir participaciones en una empresa ya en funcionamiento. Lo crucial para establecer una posición de garantía en el socio es su compromiso original de controlar los riesgos derivados del negocio.

Sin embargo, si los socios no asumen funciones de gestión y representación, la responsabilidad principal de garantizar una organización adecuada recae en el órgano de administración, que actúa como un delegado de los socios.

Exonerar casi por completo al delegante de responsabilidad basándose en la dificultad de controlar al delegado oscurece el hecho de que el delegante aún tiene deberes residuales de vigilancia y control. Considera que la delegación de competencias no permite al socio

desentenderse por completo de la actividad del administrador, ya que el riesgo inherente a la actividad empresarial sigue siendo responsabilidad del socio.

Por lo tanto, sugiere que los socios deben verificar periódicamente la corrección de la delegación, lo que implica un deber residual de vigilancia y control. La delegación de competencias no elimina la responsabilidad de los socios, sino que la transforma en un deber residual de asegurar un actuar diligente por parte del delegado.

CONCLUSIONES DEFINITIVAS

PRIMERA

En base a los puntos presentados, se puede afirmar que la doctrina mayoritaria considera que debe regir el principio de confianza en los casos de especialización.

En razón de tal principio, el garante primario puede confiar en que el garante especializado realizará sus tareas conforme a Derecho, lo que permite al garante primario desentenderse completamente del deber de supervisión o de control que originariamente le competían. Ahora bien, con el límite tradicional del principio de confianza, que establece que, pese a no tener el deber de vigilar o controlar al otro, si el primer sujeto advierte que el segundo actúa de manera delictiva y no toma medidas al respecto, responderá por la no evitación de la situación.

SEGUNDA

En el contexto de la empresa, la razón por la que quién puede confiar debe evitar el resultado lesivo sin tener el deber de desplegar actividad de vigilancia y control con la mera adquisición de conocimiento sobre el comportamiento del otro garante, la constituye la posición de garante del sujeto del que confía.

TERCERA

Más que las certezas obtenidas tras la finalización del Trabajo, considero que las preguntas emanadas del estudio de elementos de tal complejidad teórica constituyen lo más remarcable que, desde mi más absoluta modestia académica, he podido extraer.

Las cuestiones que me han despertado mayores dudas y que, tal como afirma la doctrina minoritaria¹⁴⁷, si se dotan de un mayor desarrollo y ahondamiento teórico pueden incluso cuestionar en gran medida el principio de confianza tal y como lo viene entendiendo la doctrina mayoritaria son las siguientes:

1. Cómo ya se ha señalado (*vid. 3.2 Operatividad del principio de confianza en la empresa*), la especialización se erige como fundamental para desempeñar con mayor eficiencia las funciones que incumbían inicialmente a los garantes

¹⁴⁷ En este sentido: Robles Planas, Ricardo (2016) Principios de imputación en la empresa en: Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo (2016). Coord.: Silvina Bacigalupo Saggese, Bernardo Feijoo Sánchez y Juan Ignacio Echano Basaldua; Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal, p. 304.

originarios. Es por ello que no cargan sobre el garante inicial deberes de vigilancia y control sobre el nuevo garante. Por tanto, a mi juicio, considerando además que la liberación de la posición de garante tiene como presupuesto que el nuevo sujeto sea plenamente competente para cumplir con la posición de garante, requiere de una mayor fundamentación el porqué del mero conocimiento resurgen los deberes originarios de garantía sin tener la carga de reconocer el incumplimiento.

2. En aquellos contextos donde diversos garantes se organizan instituyendo a uno de ellos como “vigilante de todos”, deber cristalizado y necesario tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reformó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; cabe preguntarse si ante indicios de comportamiento delictivo de uno de los consejeros, los otros tienen el deber de impedir el delito o bien pueden confiar en el correcto desempeño de la actividad del otro miembro o bien cabe alguna situación intermedia.

BIBLIOGRAFÍA

- Choclán Montalvo, José Antonio. (2003). Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales: tratamiento penal de la información societaria inveraz
- Cigüela Sola, Javier (2019) “La responsabilidad penal de los accionistas por la criminalidad corporativa”, en Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas,
- Contreras Chaimovich, Lautaro (2018). Productos defectuosos y derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto.
- Cuervo García, Álvaro (2008). Introducción a la administración de empresas.
- Esteve Pardo, José (1999) Técnica, riesgo y Derecho.
- Feijoo Sánchez, Bernardo José (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas, Revista de derecho penal y criminología, (Nº 1).
- Feijoo Sánchez, Bernardo José (2007). Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico, CIIDPE.
- Frisch, Wolfgang (2004). Comportamiento típico.
- González Fidalgo, Eduardo / Ventura Victoria, Juan (2003). Fundamentos de administración.
- Jaén Vallejo, Manuel (2010). Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un consejo de administración: ¿debe extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la distracción de dinero? (STS núm. 234/2010, de 11-3). Cuadernos de Política Criminal, 102, 247-254.
- Jakobs, Günther. (2016). La imputación objetiva en derecho penal. ARANZADI / CIVITAS.
- Luhmann, Niklas (1968). Confianza.

- Maraver Gómez, Mario (2007). El principio de confianza en derecho penal
- Meini Méndez, Iván Fabio. (2003). Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados.
- Mir Puig, Santiago / Luzón Peña, Diego Manuel (1996). Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto.
- Montaner Fernández, Raquel (2015). El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. Revista De Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV.
- Montaner Fernández, Raquel (2008). Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal
- Nández Alonso, Sergio / Reier Forradellas, Ricardo. (2022). Digitalización de empresas y economía: tendencias actuales. ESIC.
- Pastor Muñoz, Núria (2019). ¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa?: Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio. Diario la Ley, 9400, 3.
- Pérez Castañón, José Manuel / Rodríguez Montañés, Teresa (1995). El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos.
- Perin, Andrea (2018). La redefinición de la culpa penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva, vol.13, n.26.
- Queralt Jiménez, Joan Josep. (1986). La obediencia debida en el Código Penal
- Rivero Lamas, Juan / De Val Tena, Ángel Luis. (2003). Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «outsourcing».
- Robles Planas, Ricardo. (2003). La participación en el delito.
- Robles Planas, Ricardo (2016) Principios de imputación en la empresa en: Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo (2016). Coord.: Silvina Bacigalupo Saggese, Bernardo Feijoo Sánchez y Juan Ignacio Echano Basaldua

- Serra Ramoneda, Antonio. (1986). Sistema económico y empresa.
- Silva Sánchez, Jesús María (2010). Deberes de los miembros de un Consejo de Administración [a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo]
- Silva Sánchez, Jesús María (2018). Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial.
- Silva Sánchez, Jesús María (dir.) / Robles Planas, Ricardo (coord.) (2023). Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa: parte general y especial (2ª ed.).
- Turienzo Fernández, Alejandro (2022). Consideraciones acerca de la responsabilidad penal por omisión de los socios en relación con la criminalidad corporativa. Estudios Penales y Criminológicos, 9.