

SALVAR AL OFICIAL RYAN

(Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)

Juan Antonio Lascuráin
Universidad Autónoma de Madrid

Publicado en AA. VV. (dir. S. Mir, M. Corcoy, V. Gómez), “Responsabilidad de la empresa y *compliance*”, Buenos Aires – Montevideo (BdeF), 2014.

Índice. I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN EN LA EMPRESA. 1. La imputación objetiva de resultados a omisiones. 2. La delegación como fuente de deberes de garantía. 3. La empresa como garante delegante. 4. La participación por omisión. III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO. 1. Las funciones del oficial de cumplimiento. 2. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. 2.1. A título de autor. 2.2. A título de partícipe. IV. CONCLUSIÓN. V. RESUMEN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

1. David García Ryan acaba de ser nombrado oficial de cumplimiento del grupo empresarial para el que trabaja. En el juego de tarjetas nuevas que le han entregado su flamante cargo aparece en inglés (*chief compliance officer*), lo que lejos de alimentar su ego, que es lo que absurdamente se pretendía con el cambio de idioma, aumenta, también incomprensiblemente, su inquietud. Todos le han felicitado, el consejero delegado le ha invitado a almorzar en su comedor privado, y los abogados externos que han organizado el sistema de prevención penal de la empresa le han recordado el honor que supone su elección, reservada en el Reglamento de Prevención Penal para un directivo con conocimientos jurídicos y de auditoría, larga experiencia profesional sin tacha, y prestigio ético en la compañía. “Un hombre sabio y bueno, David”, le han dicho.

Pero por la noche David no puede dormir. Resulta que ahora va a liderar la implantación y el desarrollo de un sistema organizativo orientado a que no se cometan irregularidades, pero sobre todo a que no se delinca desde la empresa y a favor de la empresa, y no tiene claro que si algo malo pasa no le acabe salpicando penalmente – y en su grupo empresarial, dedicado a la generación de energía en un mercado internacional muy competitivo, ya han tenido problemas penales relacionados con la corrupción, la seguridad de los trabajadores y el medio ambiente –. Teme acabar imputado por el delito que él no haya sido capaz de evitar. Recuerda que en una charla formativa organizada por la empresa un afamado catedrático de Derecho Penal expuso que se podían cometer delitos por omisión si se estaba emplazado a evitar los delitos de otro, y que ello podía suceder en ciertos casos por la simple negligencia del que no los evitaba. Y, posiblemente porque ya sospechaba que le podía tocar la función que hoy le han asignado y que en tal seminario calificaban jocosamente como “marrón”, se le quedó grabado el ejemplo del

constructor condenado por homicidio imprudente por no supervisar la labor del jefe de la obra en la que se había producido un accidente mortal¹.

¿Serán acaso tantas palmaditas en la espalda y el nuevo complemento salarial el pago por parar los golpes hacia arriba, por una función de chivo expiatorio?

2. El presente trabajo pretende disipar las dudas del oficial Ryan: *¿responde penalmente el oficial de cumplimiento de una empresa por los delitos, o por ciertos delitos, que cometan los trabajadores, los directivos o incluso los administradores de la misma?*

La respuesta inicial es la tan temida por los ingenieros que administran empresas cuando preguntan a los juristas que asesoran a tales empresas: “Depende”. Depende en primer lugar de una cuestión que es objeto de discusión doctrinal y que carece de una respuesta jurisprudencial precisa: *¿puede responder penalmente una persona por no evitar el delito que comete otra persona?* Si la respuesta es positiva, la misma comportará la delimitación de los requisitos de tal responsabilidad y dejará en el aire una nueva pregunta: *¿por qué título respondería tal omitente?: ¿como partícipe del delito del otro o incluso como autor del mismo?*

Para alcanzar la salida que busca este artículo habrá que atravesar una segunda dependencia, que es la relativa a *las funciones del oficial de cumplimiento*. Porque si le vamos a imputar una responsabilidad omisiva es porque entendemos que tenía un deber de actuación en relación con el delito cometido. *¿Tiene el oficial tal tipo de funciones ejecutivas?* Y ya antes: *¿a qué se dedica esta novedosa figura?*

El ordenamiento no responde directamente a esta pregunta. No es ésta una figura reglada por normas públicas. Y aunque sí lo fuera, resultaría discutible si a los efectos de asignarle responsabilidad penal por el incumplimiento de sus funciones sería determinante la expresión normativa de éstas y no la efectiva asunción de las mismas en la organización de la empresa². Dicho de otro modo, de cara a orientar adecuadamente nuestra reflexión: si en la primera parte de este artículo llegamos a la conclusión de que el incumplimiento de ciertas funciones podría irrogar responsabilidad penal al oficial de cumplimiento, habremos de dedicar la segunda parte del mismo a determinar si es el titular de tales funciones.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN EN LA EMPRESA.

1. La imputación objetiva de resultados a omisiones.

3. Para anclar adecuadamente mi razonamiento he de retrotraerme a algunos conceptos básicos de la responsabilidad penal, disculpándome de antemano si ello puede resultar obvio o aburrido. Parto así de una intuición tan elemental como engañosa: en principio sólo nos parece obvio que alguien pueda responder por un resultado, por una muerte por ejemplo, que se le pueda atribuir esa muerte, que se le pueda imputar, si, por de pronto, la ha causado. La mera causación se revelará como un criterio insuficiente de imputación

¹ STS 1.329/2001, de 5 de septiembre.

² V. LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores”, en AA. VV. (coord. HORTAL IBARRA), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Edisofer y B de F, Madrid, Montevideo y Buenos Aires, 2009, pp. 220 y s.

del resultado a la conducta y exigiremos también que dicha causación proceda de un curso de riesgo no permitido y que además podamos afirmar que tal curso es el que se ha concretado en el resultado.

Basta sin embargo con reparar en ciertos ejemplos para darse de cuenta de lo irrazonable que sería esta exclusividad de la imputación de resultados a las conductas activas. Desde la mera intuición ética, ahora nada engañosa, nos parece obvio que mata tanto el padre que priva activamente de la vida a su bebé como el que lo deja morir de inanición. O nos parece asimismo que el dueño del dóberman que observa impasible cómo el perro se dirige agresivamente hacia el cartero que ha entrado en su jardín y le muerde en una pierna es tan responsable de tal lesión como si él mismo le se la hubiera causado golpeándole con un palo de golf.

Como los cariños, *hay omisiones que matan, o lesionan, o, en general, a las que podemos atribuir resultados disvaliosos de un modo equivalente a como lo hacemos respecto a las acciones.*

4. La pregunta ahora es la de los requisitos para imputar resultados a conductas omisivas. Que, por cierto, no son muy diferentes a los que justifican la imputación a las conductas activas. En cierto modo se trata de ver las cosas a través de un espejo. De la causación de un resultado a través de un curso de riesgo no permitido que se concreta en el resultado, pasamos a una *posible e indebida falta de contención de un curso de riesgo que se acaba concretando en el resultado*: el socorrista que no salva al niño que se ahoga podía y debía especialmente haber evitado que ese riesgo para la vida del niño concluyera en su muerte.

La fórmula no parece decir demasiado si no se aclara qué se entiende por “indebida”, que termina siendo el requisito clave de la imputación. Pues bien: sólo es indebida a estos efectos de imputación cuando es “especialmente indebida”: contraria a un deber especial de evitación del resultado. Si prefiere expresarse así, *sólo si el deber que se incumple no es cualquier deber sino lo que se denomina un deber de garantía.*

La cuestión ahora en nuestra cadena indagatoria es la de a quién se atribuye esos deberes y por qué razones, que habrán de ser poderosas. Tanto como para anudar a su incumplimiento la imputación de un resultado que no ha generado el sujeto activo sino que únicamente no lo ha evitado. Esta trascendencia penal llama al rigor y a la restricción en la atribución de deberes de garantía.

5. Sobre las buenas razones para la atribución de posiciones de garantía se ha escrito mucho y en sentidos bastante diferentes³. En el marco de este artículo me limitaré a exponer muy sintéticamente la tesis que me parece más razonable, que es la que parte, como en la imputación a los comportamientos activos, del ejercicio de la libertad como presupuesto de la responsabilidad. Así, la asignación de deberes de garantía sólo puede entenderse como coste del disfrute previo de la autonomía personal, y ello sucede en tres grupos de supuestos:

- cuando se mantienen fuentes de riesgo como propias en el propio ámbito, como el dueño de nuestro dóberman;

³ Sigue teniendo vigencia la conocida afirmación de ROXIN relativa a que la problemática de la equivalencia a la comisión de los delitos impropios de omisión constituye el más discutido y oscuro capítulo de la dogmática de la parte general del Derecho Penal (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, II*, Beck, Múnich, 2003, p. 711, § 32, n. m. 2).

- cuando se injiere uno en la autonomía ajena con un curso de riesgo, como quien atropella imprudentemente a otro y consciente del grave peligro de que muera no le lleva al hospital;

- y cuando se asume una facultad de autoprotección de otro o un deber de garantía que otro le delegue, como nuestro socorrista dormilón o el canguro que no evita que el niño se beba el detergente.

*Mantenimiento como propia de una fuente de riesgo, creación de riesgo y delegación*⁴. Más allá de estos deberes de garantía derivados del ejercicio previo de la autonomía personal no hay campo de legitimación para nuevos deberes salvo para determinados deberes institucionales por la peculiar vía distributiva que supone el Estado⁵, que se encarga – y lo hace por cierto delegando en sus funcionarios -, por ejemplo, de la atención de menores desamparados o de la defensa de la colectividad frente a los ataques externos o provenientes de la naturaleza⁶.

6. Retomemos el tema del artículo, que es el de la posible responsabilidad penal del oficial de cumplimiento por los delitos que cometan los que incumplen la legalidad. Esa responsabilidad por omisión no provendrá del dominio de una fuente de riesgo o de la injerencia, circunstancia ambas predicables sólo del emprendedor, del titular de la empresa. El oficial de cumplimiento no es el dueño de la empresa, ni la ha iniciado, ni genera como tal dueño cursos de riesgo. En la clasificación de fuentes del deber de garantía no podrá ser garante por dominio de una fuente de riesgo o por injerencia. Sólo podrá ser garante por delegación⁷. Y la delegación, como veremos, habrá de proceder de un delegante que sea garante.

Así que detengámonos en estas dos cuestiones. En el mecanismo de delegación como fuente de deberes de garantía y en el alcance de los deberes de garantía del empresario.

2. La delegación como fuente de deberes de garantía.

7. Decía unas líneas más arriba que un sujeto adquiere una posición de garantía si asume libremente la que le delega quien la tenga originariamente. Nos detenemos en este mecanismo de generación de deberes de garantía porque podría tener como destinatario al protagonista del artículo, el oficial de cumplimiento. Y nos detenemos para analizar lo que ahora nos interesa de la delegación: qué efectos produce y qué requisitos exige para

⁴ V. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 83 y ss.

⁵ V. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 133 y ss.

⁶ La posición de garantía de los padres respecto a la indemnidad de los principales bienes de sus hijos constituye una afirmación tan indiscutida como dudoso es su fundamento. La razón más fuerte, que sería la de la asunción voluntaria por parte de los padres, no cuadra con la realidad fáctica ni jurídica: ni la paternidad es siempre voluntaria ni son renunciables los deberes que emanan de la misma. El fundamento real es, por su parte, axiológicamente débil: asignamos estos deberes de garantía a los padres por una razón predominantemente utilitarista, porque consideramos que se trata de un deber ligado a una función más general para cuyo correcto desempeño sólo son idóneos los padres del menor. V. al respecto LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 140 y ss.

⁷ Así, ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento – ‘compliance officer’ - ante el Derecho penal”, en AA. VV., dir. SILVA SÁNCHEZ, coord. MONTANER FERNÁNDEZ, *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 321.

producir tales efectos⁸.

Respecto a lo primero resulta asentada e indiscutida la afirmación relativa a que la delegación tiene dos efectos principales. *No sólo el más evidente de generar un deber de seguridad nuevo en el delegado que la acepta, sino también el de transformar el contenido del deber de seguridad del delegante*⁹. Éste es menos evidente porque cabe pensar que si una persona delega libremente su deber de garantía en otra persona que lo asume libremente, sólo ésta queda obligada ya por el deber transmitido, que es precisamente el efecto liberador lo que busca el delegante, y que lo contrario, una duplicación de deberes, elimina la ventaja de multiplicación y coordinación de tareas propia del mecanismo de la delegación.

Esta visión de las cosas peca de cierta superficialidad. Delegar una tarea no es transmitirla sin más como si de una compraventa se tratara¹⁰. Si el dueño de nuestro dóberman delega en su mayordomo el cuidado y el control de su perro, no puede despreocuparse de los peligros que pueda generar como si se lo hubiera vendido, sino que lo que sucede es que cambia el modo en el que debe preocuparse. Si le exoneramos de responsabilidad nos olvidamos de que el dóberman sigue siendo suyo; de que ello tendría un importante efecto de desprotección, pues el perro pasa a ser sólo controlado por quien tiene menos medios para hacerlo y una capacidad limitada para solicitarlos; de que el dueño ya se siente relevantemente aliviado por la pérdida de intensidad de su obligación de control.

En efecto, como de lo que se trata en realidad es de transmitir un deber de control sobre un ámbito de riesgo que corresponde al delegante y del que éste sigue disfrutando y beneficiándose como propio, lo que se produce entre delegante y delegado es lo que SCHÜNEMANN denomina “cotitularidad de la custodia”¹¹. Resultará entonces que no le pueden ser ajenos los efectos nocivos que su ámbito de dominio pueda producir. Cuestión distinta es la de que pueda prescindir de la carga del control inmediato de la fuente de peligro delegada y que pueda sustituirla por un deber de supervisión del delegado y por un deber de intervención si el delegado no cumple adecuadamente con su deber. Es en esta transformación de su deber en donde reside para él la ventaja de la delegación. Repárese en los inconvenientes que tendría en el ámbito de la empresa el efecto exonerante de la delegación para el delegante: las responsabilidades se acumularían hacia abajo, hacia quienes ocupan los puestos de trabajo más fungibles y tienen menor poder de administración y de diseño de estrategias productivas y de organización.

Surge aquí el problema de la medida de ese deber de supervisión o vigilancia, que a su vez, por cierto, puede ser delegado. Es obvio, en un extremo, que no puede ser de una

⁸ V. para ello LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en AA. VV., *Hacia un Derecho Penal europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 218 y ss.

⁹ Se trata, “en definitiva, de una técnica transformadora de las esferas de responsabilidad individual” (MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 85), pues “tiene lugar una mutación del ámbito de competencia” (p. 88).

¹⁰ Para esta distinción, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión...*, *ob cit.*, p. 90 y ss.

¹¹ “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” (trad. D. BRÜCKNER Y LASCURAÍN SÁNCHEZ) en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41, 1988, pp. 537 y ss.

exigencia tal que convierta la delegación en un dominio mediato, que anule así la ventaja intrínseca de multiplicación de este método y que ahogue las necesidades expansivas de la actividad en determinados ámbitos sociales, como sucede significativamente en la empresa. Pero es también evidente, en el otro extremo, que su nivel no puede ser tan bajo que desvanezca en la práctica la posición de garantía del delegante. La precisión de este deber de vigilancia habrá de fijarse en atención al tipo de actividad y a las características personales del delegado. Cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante. Piénsese al respecto en una situación de crisis, en la que podría suceder incluso que la delegación no fuera un modo razonable de observar el deber de garantía. La cualificación y la experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación juegan, por contra, a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia¹².

La supervisión puede ser activa en el sentido de que el delegante – supervisor despliega una determinada estrategia para informarse de cómo observa el delegado las funciones que ha asumido. La supervisión pasiva sitúa la iniciativa informativa en el delegado, limitándose el delegante a recibir tal información o, a lo sumo, a recabarla. En los casos de cadenas de delegación los primeros delegantes suelen limitarse a un rol pasivo, normalmente suficiente como ejercicio de alta supervisión¹³.

8. De los efectos, pasamos a los requisitos. La génesis de este deber de garantía exige esencialmente el ejercicio coordinado de dos esferas de autonomía: un delegante libre y un asumente libre que, por la razón que sea, tienen a bien el organizar así sus vidas. Debe consignarse además, a partir de la propia lógica de la delegación, que la misma no será efectiva, y no generará su efecto propio de generación de un nuevo obligado - ni el de transformación del deber del inicialmente obligado - si la cesión no se produce en quien aparece como capaz de desarrollarla y, en su caso, si no va acompañada de la entrega del necesario dominio para el cumplimiento del deber. Delegación libre, asunción libre, selección adecuada y dotación de dominio aparecen así como requisitos de este mecanismo de generación de deberes de garantía.

A. Si un empresario opta por cumplir con el deber de seguridad del que es titular a través de la delegación en otra persona, *habrá de proceder, como primera exigencia de operatividad de la misma, a una adecuada selección del delegado*. Evidentemente es libre para elegir mal, para realizar una selección disfuncional, para designar a quien no puede desplegar la protección exigida. Pero no es libre para elegir las consecuencias jurídicas de su elección. Sea debida a una defectuosa selección atribuible al delegante, o se produzca a pesar de que éste ha adoptado las medidas de diligencia que le eran objetivamente exigibles, la incapacidad del delegado paraliza el mecanismo de la delegación, al faltar ya un requisito que condiciona la traslación del deber: su cumplimiento formal no impide su carencia material por ausencia de uno de sus

¹² V. al respecto MEINI, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 393 y ss.

¹³ DOPICO GÓMEZ – ALLER distingue también entre la supervisión activa y la reactiva, que exige una actuación del delegante si aparecen indicios de un incorrecto desempeño de la tarea delegada (“Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control”, en AA. VV., dir. ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN, *El Derecho Penal Económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 173). MONTANER FERNÁNDEZ niega la posibilidad de delegaciones en cadena, pues ya no se podría delegar aquello de lo que no se es titular (*Gestión..., ob. cit.*, p. 115).

presupuestos lógicos. De ahí que el delegante (el empresario) no cumpla ni empiece a cumplir por delegación su deber de seguridad, que permanece con su contenido originario. Si posteriormente, por ignorar las dimensiones de su deber, no interviene inmediatamente, mediatamente o a través de una nueva delegación, habrán de aplicarse las reglas del error para calibrar su responsabilidad.

El planteamiento anterior puede conducir a la perplejidad si supone, a falta de delegación y de la consiguiente generación de deber en el delegado, la automática exoneración del delegado asumente, aun cuando éste sea consciente, o pueda serlo, de su propia incapacidad. La aceptación de la posición de garantía supone, sin embargo, un actuar precedente peligroso, una injerencia, que origina un deber de garantía para su agente que tendrá por contenido el de comunicar su incapacidad o renunciar a su tarea.

B. La delegación sólo despliega sus efectos de generación de un nuevo deber y, en su caso, de transformación del contenido del deber originario del delegante cuando su cumplimiento resulta posible *a priori*. Los diversos deberes de seguridad que recaen originariamente en la cúspide de la empresa, en la figura del empresario, sólo se delegan inicial y sucesivamente *cuando, entre otros requisitos, se produce la dotación del necesario dominio para el cumplimiento del deber*, lo que comporta, por de pronto, poder de influencia material y de dirección personal. Aquel poder podrá comprender instrumental, capacidad financiera o facultades de paralización de la actividad peligrosa; las competencias de dirección implican la impartición de directrices y, en su caso, la posibilidad de establecer nuevas delegaciones. Dominio significa también información: el delegado debe recibir la formación e información necesarias para observar la función que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control.

La denegación de dominio deja la aceptación inoperante y la delegación en intento, y, consiguientemente, paraliza la creación de una nueva posición de seguridad y la transformación del deber original de seguridad. De ahí que cuando, como es frecuente en el ámbito empresarial, se produzcan varias delegaciones de ámbitos diversos pero simultáneas y de una misma fuente, deba el delegante coordinarlas de modo que no queden lagunas de dominio, si no quiere que su ejercicio le corresponda a él por vía mediata o inmediata. Una distribución descuidada puede dar lugar así a que el empresario - y en general, el delegante - vulnere su deber de seguridad por error sobre su contenido.

Cuando un empresario o uno de sus directivos encomienda una determinada tarea a un subordinado y le transmite el dominio material y personal necesario para la misma, puede reservarse, sin embargo, para sí las funciones de seguridad y el dominio necesario para las mismas, o delegar aquéllas y transmitir éste a un tercero. La denegación o la revocación de la función de garantía, sin embargo, pueden ser ilícitas sin una correlativa denegación o revocación de la tarea productiva encomendada cuando la coincidencia de dominio de garantía y dominio de producción implican una unidad intrínseca de las funciones de garantía y de producción. Piénsese en supuestos de delegación global del dominio de la empresa con la única excepción de la reserva de ciertas funciones de seguridad, o de impartición de una orden expresa de realización de una prestación sin las garantías de seguridad anejas a la misma. La reserva de funciones de seguridad constituye aquí el contenido de una orden antijurídica que supone ya una vulneración del deber de garantía del delegante y que no es vinculante para el delegado, que lo es por recibir el dominio necesario y por aceptar la función

productiva principal, a la que el ordenamiento anuda la función de garantía. Cuestión diferente será la consideración de que el subordinado que vulnera su deber objetivo de seguridad lo hace impulsado por un estado de necesidad, condicionado por una situación de miedo insuperable o en la creencia errónea e invencible de que no se encontraba en una posición de seguridad.

C. *No puede haber delegación de aquello que el ordenamiento considere indelegable.* Pueden existir determinadas funciones que se desee asociar indisolublemente a determinados cargos y que por ello no admitan la posibilidad de traslado parcial y transformación que supone la delegación. No siempre será fácil interpretar el alcance de la identificación de la función con el cargo: si permite la delegación a la vista de la labor remanente de supervisión y corrección del delegante; si permite el encargo de ciertas funciones pero no de la decisión y responsabilidad final; si no permite ningún tipo atribución de funciones a otros. Piénsese en la firma de las cuentas anuales (art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital) o la representación en una actuación tributaria (art. 45 de la Ley General Tributaria).

3. La empresa como garante delegante.

9. Naturalmente que un delegado sólo se convierte en garante si a su vez lo era quien le delegó el deber. Nuestro oficial de cumplimiento asumirá un deber de garantía si se inserta en una cadena que parte de la titularidad de la empresa como garante. Y aquí, claro, no cabe un regreso *ad infinitum*: la razón por la que el emprendedor es garante no proviene de la titularidad del deber de otro. La savia que fluye por los vericuetos delegatorios será la que se haya generado inicialmente: para saber de qué responden los delegados hay que saber de qué responde el delegante. Estas son ahora las preguntas: *de qué es garante la empresa y por qué*¹⁴.

Un emprendedor lo es porque emprende, porque comienza una actividad productiva. Como esa actividad productiva supone riesgos para terceros, quien la inicia será garante de su control, *sea por injerencia, sea por mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio*, en su círculo de organización. El titular de la empresa es garante porque desata riesgos o porque mantiene como propias fuentes de riesgo. Es más: si como sociedad permitimos que se emprendan actividades peligrosas es desde luego por el principio de libertad de actuación y por la utilidad social de la empresa, pero también porque imponemos al emprendedor severos deberes de control del riesgo. Y “severos” significa aquí deberes penalmente reforzados, deberes de garante¹⁵.

¹⁴ MONTANER FERNÁNDEZ propone dos distinciones interesantes. Por un lado considera que “la simple distribución de funciones y la autoridad del superior respecto a sus subordinados no implican necesariamente la presencia del mecanismo de la delegación” (*Gestión..., ob. cit.*, p. 88). Salvo en los supuestos legalmente previstos, no tendría lugar una delegación “entre el empresario (o administrador) y los altos directivos de su empresa” (p. 159). Por otro, no considera que exista delegación en el “encargo de la ejecución de una función” (pp. 100 y ss.).

¹⁵ Una completa exposición sobre el fundamento de la posición de garantía del empresario se encuentra en DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 125 y ss. V. también, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades*, Cedesc, Barcelona, 1997, pp. 163 y ss.; MEINI, *Responsabilidad penal..., ob. cit.*, pp. 319 y ss.

Esos deberes de garante comprenden el control de que los empleados de la empresa no cometan delitos en el ejercicio de la actividad empresarial peligrosa, porque esa actividad es actividad de la empresa y para la empresa y porque el empleado actúa bajo la dependencia de la empresa¹⁶. Nada está inventado: vienen así a colación los viejos caracteres del trabajo de ajenidad y dependencia. En realidad lo que sucede es que el emprendedor delega la ejecución peligrosa o el dominio de la fuente de peligro o la protección de un bien y delega a su vez los deberes de control y cuidado anexos a tales ejecución, dominio y protección. Si después no vigila, o no impide una ejecución delictiva, o un descontrol delictivo, o una desprotección delictiva, responderá como garante delegante¹⁷.

10. La cuestión ahora, cuya respuesta es menos evidente de lo que podría parecer, es la de cuáles son esos procesos de riesgo que la empresa ha de garantizar: cuándo estamos ante la actividad peligrosa de la empresa que origina deberes de garante que luego se delegan. No parece que el empresario tenga que responder del hurto de la cartera del proveedor que visita la fábrica, pero sí de que el vertido al río sea grave e ilícitamente contaminante.

Se trata entonces de delimitar los riesgos imbricados en la actividad de la empresa, los *delitos que puedan entenderse como expresión de la empresa como fuente de peligro en sí misma*¹⁸. La pregunta es acerca de lo que en la doctrina alemana se ha denominado “hecho vinculado al establecimiento” (*betriebsbezogene Tat*)¹⁹ o mejor – en distinción debida a SCHÜNEMANN²⁰ – “hecho vinculado a la empresa” (*unternehmensbezogene Tat*) o mejor, sin más, en rigor, “delito de empresa” (*Unternehmensdelikt*).

En su acercamiento a esta delimitación HERO SCHALL exige las siguientes características: son delitos contra terceros – no contra la empresa misma -, cometidos por su agente en cumplimiento de las funciones que le están encomendadas, con recursos de la empresa, vinculados a los fines de la empresa y en interés de la misma²¹. Aclara lúcidamente DOPICO GÓMEZ-ALLER que tales rasgos no se darán sólo cuando se manejen indebidamente los focos de peligro de la empresa, sino también cuando el daño se refiera a los intereses confiados a la persona jurídica, como pueden ser el cuidado de un niño o de un objeto depositado. Repárese en que aquí el riesgo que concreta el delito no es un riesgo de producción o de prestación de un servicio de la empresa, sino un riesgo diferente – normalmente externo –, y que la posición de garantía de la empresa no proviene de la injerencia o del mantenimiento de fuentes de riesgos, sino a su vez de una delegación del cliente²².

¹⁶ Sobre la compatibilidad entre este tipo de deber y el principio de responsabilidad por el hecho propio, v. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad...*, *ob. cit.*, pp. 95 y ss.

¹⁷ Pues, como afirma PEÑARANDA RAMOS, la delegación no remite las tareas delegadas a un ámbito de responsabilidad ajeno, pues todas las acciones realizadas en el marco de la empresa son siempre también acciones que se encuadran en el círculo de organización de su titular” (“Autoría y participación en la empresa”, en AA. VV. (dir. Serrano Piedecosas y Demetrio Crespo), *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Colex, Madrid, 2008, p. 183.

¹⁸ ROBLES PLANAS habla de “riesgos típicamente unidos a la actividad empresarial que se descontrolan con el paso del tiempo” (“El responsable...”, *ob. cit.*, p. 322).

¹⁹ V. al respecto la exposición de DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad...*, pp. 93 y s.

²⁰ “Cuestiones básicas...”, *ob. cit.*, pp. 529 y s.

²¹ “Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung”, en AA. VV. (K. Rogall, I. Puppe, U. Stein y J. Wolter), *Festschrift für Hans Joachim Rudolphi*, Luchterland, Neuwied, 2004, pp. 279 y ss.

²² “Posición...”, *ob. cit.*, p. 170. Ya en “Comisión por omisión”, AA.VV., *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 65, n. m. 527.

Intentando una cierta *concreción ejemplificativa*, y por ello sin afán alguno de exhaustividad, cabe afirmar que concurrirá notoriamente posición de garantía de la empresa en relación con la seguridad de los trabajadores, con el medio ambiente, con los daños que a terceros puedan provocar derrumbes o explosiones, o con el daño que a los consumidores pueda provocar el consumo de alimentos, bebidas o fármacos producidos por aquélla. Tampoco parece merecer mayor discusión la posición de garantía de la empresa respecto de las personas, objetos o datos cuyo cuidado se encomienden a la empresa. No creo en cambio que la empresa sea garante de que no se blanqueen capitales, o de que no se corrompa a funcionarios o a empleados de otras empresas, porque tales riesgos no son riesgos imbricados en la producción o en el servicio, sino sólo relacionados con él. Construir edificios constituye un riesgo para la integridad física de los trabajadores; fabricar y distribuir refrescos no constituye un riesgo de corrupción²³.

Alguna duda ofrecen los demás delitos contra los derechos de los trabajadores. Como, según cierta interpretación del mismo²⁴, el artículo 318 del Código Penal sanciona con la misma pena que a los autores a los administradores y encargados de servicio que toleren el delito de sus subordinados, podría entenderse que este precepto está presuponiendo una posición de garantía de la empresa respecto a la indemnidad de los derechos de los trabajadores: está presuponiendo que en un mercado de trabajo sumamente desequilibrado, la mera contratación de trabajadores supone ciertos riesgos de abuso de sus derechos. No estaríamos en rigor ante riesgos de producción sino ante riesgos de organización que desata estructuralmente la empresa.

Creo que ello es mucho suponer y que esta posición de garantía de la empresa es demasiado incisiva. Cabe al respecto una explicación alternativa pues el artículo 318 CP no dice que los superiores consentidores sean autores, sino que “serán castigados con la misma pena” y, por cierto, cuando su actuación omisiva sea dolosa: no son garantes, sino partícipes necesarios por omisión, por incumplimiento de un deber de impedimento que no es de garantía.

Si se interpreta del modo semánticamente más natural que el “quienes” del artículo 318 CP se refiere a cualquier miembro de la empresa que podría evitar el delito, se añaden argumentos a la hipótesis de la participación por omisión, pues respecto a tales sujetos no hay justificación para asignarles una posición de garantía.

11. El lector se preguntará en este punto: ¿acaso no establecen las leyes antiblanqueo deberes de control para ciertas empresas? Es más: ¿acaso no impone el propio Código Penal un deber de control a las personas jurídicas para que eviten los delitos de sus

²³ Se plantea agudamente DOPICO GÓMEZ-ALLER la responsabilidad del director financiero que no evita el delito de un subordinado suyo con el dinero de la empresa. De acuerdo con este autor, parece que deberá responder como garante (a mi juicio como autor; para DOPICO como partícipe o como autor) si se trata de un delito contra la empresa, pues había asumido frente a ella la protección de ese patrimonio; y que deberá hacerlo como partícipe omisivo (con dudas entre esta solución o la no punición, DOPICO), por infracción de su deber de control, si se trata de un delito contra terceros (“Comisión...”, *ob. cit.*, p. 69, n. m. 561).

²⁴ Sobre las interpretaciones del artículo 318 CP, v. MEINI, *Responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, pp. 299 y ss., 416 y ss.; DOPICO GÓMEZ – ALLER, “¿Qué salvar del art. 318 CP?: la responsabilidad de administradores y encargados de servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Revista General de Derecho Penal*, 2008, 9, *passim*; MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del Art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2008, pp. 56 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013 (4ª ed.), pp. 942 y ss.

empleados en su favor²⁵? ¿No estaremos entonces ante posiciones de garantía por mandato legal?

La clave para el no a la tercera pregunta a pesar del sí a las dos primeras es la de que *no todo deber jurídico es un deber de garantía*. Ni siquiera lo es todo deber penal, como lo demuestra el delito de omisión de deber de socorro, que obliga a cualquiera que pueda hacerlo sin riesgo propio ni de terceros a socorrer a quien se halle desamparado ante un peligro manifiesto y grave (art. 195 CP). El deber de garantía es un deber especial, reforzado, cuya infracción permite la atribución del resultado no evitado y que por estas graves consecuencias de su quiebra debe asignarse selectivamente y con la justificación del ejercicio previo de la libertad del obligado. Como se verá a continuación, esos otros deberes podrán ser también importantes, pero no tanto como para asociar “autorías” a su quiebra en función del resultado acaecido, sino, en su caso, a lo sumo, contribuciones al mismo a título de partícipe²⁶.

La duda de fondo consiste en realidad en si debería entenderse que el deber de garantía de la empresa alcanza a cualesquiera actividades empresariales, con independencia de si las mismas son expresión de la peligrosidad propia de la misma²⁷. La tesis diferenciadora – dos tipos de deberes, de distinta intensidad -se sustenta a su vez en una intuición diferenciadora: la intensidad del deber de garantía, que pasa incluso por el control de terceros responsables, que no deja de ser un sistema de doble control, se justifica por el riesgo especial propio de la actividad productiva o de prestación de la empresa; en otro tipo de conductas sociales de terceros se debilita la idea de que actúan para el empresario y de que su conducta es expresión organizativa de aquél; el factor criminógeno que parece que debe ser especialmente compensado no se produce sin más en los delitos desde dentro a favor de la empresa, sino peculiarmente en los delitos imbricados en la actividad propia de la empresa.

4. La participación por omisión.

12. Sobrevuela nuestra reflexión una pregunta bastante lógica: *por qué el delegante (el*

²⁵ DOPICO GÓMEZ – ALLER entiende en cambio que respecto a estos delitos existe una posición de garantía del empresario (“Posición...”, *ob. cit.*, p. 181).

²⁶ El proyectado delito especial de administradores - aunque en la exposición de motivos se refiera a los sujetos activos como “directivos” (punto XX de la exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal) - consistente en la omisión “de la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito”, entendiéndose por tales medidas “la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis” (art. 286 bis, constitutivo de una nueva sección titulada “Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas”), no supone que los administradores sean garantes respecto a los delitos imputable a la sociedad. Se trata de un delito de peligro abstracto, cometible también por imprudencia: en relación con los delitos respecto a los que el administrador no tiene posición de garantía y en relación a los que sí pero que son de exclusiva comisión dolosa, el administrador omitente no tendrá ya que saber que se va a cometer un delito y que se está contribuyendo al mismo. Si tal delito se menciona en el precepto no es como un resultado que tenga que quedar abarcado por el dolo o la imprudencia del autor, sino como una pura condición objetiva de punibilidad destinada a seleccionar objetivamente las omisiones probada y realmente graves.

²⁷ V. por ejemplo FRISCH, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división de trabajo”, en AA. VV. (coord. MIR PUIG y LUZÓN PEÑA), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 113 y ss.

empresario o cualquier otro delegante sucesivo) que haya procedido a delegaciones defectuosas o que haya omitido el control que les correspondía sobre el delegado, *ha de responder como autor* del delito que cometa éste por acción o por omisión y, en su caso indudablemente, a título de autor. La cuestión es si, habiendo un autor indubitado – alguien a quien le pertenece el hecho –, no es más sensato entender que lo que hace el delegante infractor es contribuir a la conducta de aquél y que por lo tanto ha de responder penalmente a título de partícipe²⁸.

Aunque no deja de ser una cuestión controvertida²⁹, me parece un análisis racional más sosegado hace que pongamos la cruz en la casilla de autoría del test de responsabilidad del delegante. Ciertamente lo usual será que la omisión no impeditiva del delito de otro tenga un significado de, a lo sumo, participación en tal delito. Pero creo que la omisión es constitutiva de autoría cuando, como sucede en el caso de la empresa y en otras organizaciones jerarquizadas, el que comete el delito es un delegado del omitente que actúa en el ámbito de éste y bajo su dependencia. El emprendedor – en general, el delegante – hace suya la actividad del empleado – en general, del delegado –, incorporándola a la realización de su propio proyecto: la libertad del empleado forma parte del proyecto del empleador³⁰. Es por ello por lo que *la falta de impedimento del delito del empleado no es sólo participación, sino que es autoría*: es también delito propio. Es consecuencia del descontrol de la propia esfera de organización³¹. La cotitularidad de la custodia a la que antes hacía referencia justifica no sólo la sanción del delegante, sino su sanción como autor del delito del que también es autor el delegado.

Este podría ser el sentido del artículo 615 bis CP, que sanciona con la misma pena que a los autores al jefe militar que no evite la comisión por parte de sus subordinados de delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes en un conflicto armado³².

13. Implícita en el razonamiento anterior es la afirmación de que no sólo se pueden

²⁸ Así, “por lo general”, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión...*, *ob. cit.*, pp. 100, 118. El delegante que no controla o que no corrige al delegado respondería a lo sumo como partícipe (pp. 180 y s.). También en este sentido, MEINI, *Responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 362.

²⁹ Un resumen de este debate lo suministra recientemente, ROBLES PLANAS (“El responsable...”, *ob. cit.*, pp. 327 y ss.).

³⁰ Por utilizar la brillante formulación de ROBLES PLANAS (*Garantes y cómplices. La intervención por omisión en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, págs. 18 y s.).

³¹ En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la empresa*, Reus, Zaragoza, 2007, pp. 223 y ss. Como afirma lúcidamente PEÑARANDA RAMOS, “[l]a distinción entre autoría y participación tiene su raíz en la existencia de ámbitos separados de responsabilidad y pierde su sentido cuando, como aquí, por las razones ya expuestas, esa separación no se da, sino que la esfera del delegado o encargado queda incluida en la más amplia de quien le hizo el encargo o la delegación” (“Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa - y en otras organizaciones -”, en AA. VV., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, p. 423; también en “Autoría...”, *ob. cit.*, pp. 184 y s.).

³² Frente al supuesto ya comentado del artículo 318 CP, me parece que aquí concurre con claridad una posición de garantía de los superiores. Es discutible en el artículo 176 CP, que pena como al autor “a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas” ejecuten torturas o tratos degradantes, pues, como ha observado DOPICO GÓMEZ-ALLER, el tipo no exige que tales personas sean subordinados del sujeto activo (“Posición...”, *ob. cit.*, p. 171). Debe reconocerse que tales artículos no etiquetan el título por el que se pena, por lo que podría entenderse que están considerando a los superiores como partícipes necesarios de los delitos de terceros, pues en nuestro Código Penal a tales partícipes se les considera autores (art. 28, pfo. 2º, b). Como después se recordará, la calificación de autoría o de participación no es irrelevante, pues, además de que ésta puede no ser necesaria y comportar por ello una pena inferior (art. 63 CP), sólo se sancionará si es dolosa (art. 12 CP).

cometer delitos por omisión, sino que también la inactividad de alguien puede contribuir al delito de otro. Que *se puede ser partícipe por omisión*, lo que dibuja un panorama en el que las omisiones pueden tener hasta cuatro significados posibles en términos de responsabilidad penal: el que omite puede ser autor de un delito del que forma parte el resultado no evitado; puede contribuir como partícipe, necesario o no, al delito que comete otro como autor activo u omisivo; puede cometer un delito menor, penado en principio sólo con multa, consistente en no socorrer al que imperiosamente lo necesita (arts. 195 y 450 CP); y puede, en fin, no tener responsabilidad alguna.

La cuestión ahora es la de cuándo se participa por omisión: cuándo el que no impide que otro cometa un delito no es ni un mero no impedidor de un delito impune o autor de un pequeño delito de omisión de socorro, ni nada menos que otro autor del delito; cuándo es un colaborador del autor³³. La respuesta es muy controvertida, sin que sea este artículo el lugar adecuado para exponer el complejo debate en torno a la misma³⁴. A riesgo de parecer apodíctico, e incluso simplista, propongo la siguiente hipótesis, compuesta por dos tipos básicos de supuestos. El más intuitivo es el de la cesión omisiva: cuando el titular deja que su ámbito de organización sea utilizado por el autor del delito. Tampoco debe extrañar el segundo grupo de casos: cuando la omisión es constitutiva de la infracción de un deber cuyo cumplimiento hubiera impedido o dificultado el delito.

A. No parece discutible la calificación como participación de quien permite que en su vivienda se ruede una película pornográfica en la que intervienen menores. Tampoco si lo que sucede es que el armero no entrega un arma, sino que permite que el homicida la tome de su establecimiento. En términos generales cabe afirmar que *participamos del delito ajeno no sólo si aportamos nuestros medios al autor para su delito, sino también si permitimos que los mismos sean utilizados por el mismo*. Por cierto: si tales medios son focos de peligro sobre los que se nos atribuye una posición de garantía, su cesión omisiva responderá a ambas tipologías de participación omisiva: no sólo constituirá la utilización del autor del ámbito del que así se convierte en partícipe, sino que podrá verse también como la infracción de un deber facilitadora del delito de otro.

Como ya he señalado, la contribución tiene el peso de una autoría cuando lo que sucede es que la empresa se confía a un delegado que trabaja para la misma y bajo la dependencia directa o indirecta del delegante. De otro modo, por cierto, el delegante del delegado, partícipe del partícipe, quedaría impune, lo que redundaría en una drástica reducción del efecto preventivo de la amenaza penal en los delitos de empresa.

B. El segundo escenario para la participación omisiva es el constituido por la infracción de deberes de impedimento u obstaculización, deberes que no necesariamente habrán de ser de garantía.

Piénsese en el supuesto en el que omite *es garante* que no impide el delito del autor, pero *al que no podemos imputar el resultado como autor* porque el delito es un delito especial

³³ Cuando “el propio ámbito se configura de tal modo que implique que terceros autorresponsables lo conecten con la comisión de un delito”; cuando “la omisión se inserta en un desarrollo que requiere aún de la continuación por parte de otro sujeto para llegar a ser una ejecución típica” (ROBLES PLANAS, *Garantes...*, ob. cit., p. 62).

³⁴ V. recientemente el trabajo de RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona, 2013.

sólo cometible por un determinado círculo de autores al que él no pertenece. Es, en términos técnicos, un *extraneus*. O puede suceder también que no exista esta razón que le impida ser sujeto activo – se trata de un delito común o él es un *intraneus* – pero el delito exige determinados modos de comisión que no son realizables por omisión³⁵. O puede suceder, en fin, que la realización del hecho típico por omisión no suponga un desvalor suficiente de acción, sólo presente en la comisión activa.

Un ejemplo clásico es el de quien consiente que su pareja agrede o abuse sexualmente de su propia hija (de la primera persona) menor de edad. En el ámbito de la empresa se discute si puede ser autor del delito contra la seguridad de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP), consistente en no facilitar “los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”, el empresario que delega tal función pero no vigila su cumplimiento: lo que se discute es si esta omisión puede subsumirse en la omisión de facilitación³⁶. Otro supuesto posible sería el del director financiero encargado de presentar la declaración tributaria de la persona jurídica que omite tal autoliquidación. Sólo será partícipe y no autor si se considera que no puede ser sujeto activo del delito: no es el obligado tributario y tampoco es un “administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica” o alguien que actúa “en nombre o en representación legal o voluntaria de otro” (art. 31 CP).

Un segundo modo posible de participación por omisión es el del garante cuya pasividad no consista en no contener al autor activo u omisivo del delito, sino en *no contener al que va a participar en el delito*³⁷.

Esto podría suceder con el empresario que conscientemente no impide la pasividad investigadora del oficial de cumplimiento en relación con un delito que aún se está cometiendo y respecto al cual el primero no tiene una posición de garantía. En este supuesto cabe pensar que el empresario es ya partícipe por la infracción del propio deber de cumplimiento, implícito o explícito en el código de conducta de la empresa.

Mucho más relevante que lo anterior para los delitos de empresa es el tercer supuesto, consistente en que un sujeto que no sea garante *incumpla un deber específico de actuación – que no lo es de garantía – cuya observancia hubiera impedido o dificultado la comisión de un delito por parte de un tercero*. Éste podría ser el caso del oficial de cumplimiento que no esté configurado como garante, como delegado de seguridad de la empresa, y que omita su función de investigación de un delito en curso.

No creo, en fin, que haya un cuarto supuesto: que baste para participar por omisión, como sostiene Roxin, el mero abandono de una resolución previa de actuar: yo iba a aparcar mi coche en el único sitio libre pero desisto para que aparquen los ladrones del banco³⁸.

³⁵ V. SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 38, 1989, p. 390.

³⁶ V. al respecto HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 270 y ss.

³⁷ V. al respecto C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II*, 2003, 31/144; SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos...”, *ob. cit.*, pp. 390. También en “Artículo 11”, en AA. VV. (dir. Cobo del Rosal), *Comentarios al Código Penal, I*, Edersa, Madrid, 1999, p. 486.

³⁸ “[L]a inactividad aparece como facilitación y favorecimiento positivo de un hecho cuando el sujeto, en consideración al delito planeado, omite una acción que estaba dispuesto a llevar a cabo al margen de toda comisión delictiva y que habría impedido o dificultado objetivamente la comisión del hecho. Por el

14. Corolarios de lo anterior son: que un garante que no impide el delito con su foco de riesgo o sobre su objeto de protección podría no ser autor, sino partícipe; y que un sujeto puede responder individualmente como partícipe sin ser garante por omitir el recto ejercicio de sus funciones cuando las mismas hubieran impedido o dificultado el delito ajeno. Y puede no ser garante por no ser un delegado de un deber de garantía de la empresa (no es un delegado de seguridad medioambiental, por ejemplo) o por serlo de un deber que no es de garantía de la empresa (su encargo es de investigar las denuncias por corrupción).

Vista esta amenaza para los empleados de una empresa, convendrá rebajar su filo en dos sentidos. Puede ser que la omisión no constituya una contribución necesaria (art. 28, pfo. 2º, b: sin la cual el autor no habría ejecutado el delito) y que la pena se vea así rebajada en un grado. Y puede ser que no sea una contribución dolosa, caso en el que será impune. El sujeto ha de ser consciente de que infringe su deber y que su infracción contribuye a un delito de otro: el dolo del partícipe ha de alcanzar a su contribución y al resultado del delito (que puede ser atribuido al autor a título de dolo o a título de imprudencia).

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.

15. Pero volvamos al oficial de cumplimiento para intentar delimitar su posible responsabilidad penal en función de los parámetros expuestos como delimitadores de la misma. Si los mismos son correctos, resultará que el oficial podrá responder a título de autor por el delito ajeno que no ha impedido *si tenía al respecto una posición de garantía* y si su actitud subjetiva se corresponde con la exigida por el correspondiente delito: si omitió dolosamente si el delito es de exclusiva comisión dolosa; si su omisión fue descuidada en el supuesto de que se sancione la comisión imprudente. Para ostentar tal posición de garantía será necesario que se trate de un delegado de la empresa en relación con un deber de garantía de la empresa.

Si el oficial no es garante, porque no lo sea la empresa en relación con el delito de que se trate o porque no sea un delegado de la misma, nuestro oficial podrá aún responder penalmente a título de partícipe por un delito de empresa *si la infracción de sus deberes – de no garantía - facilitó la comisión de tal delito*. Abundaremos después en ello, pero repárese desde ya que esta responsabilidad exigirá dolo en el oficial y que el delito no se haya ya consumado cuando se produjo la omisión facilitadora.

1. Las funciones del oficial de cumplimiento.

16. Llegado es pues el momento de saber a qué se dedica en realidad un oficial de cumplimiento como presupuesto de las hipótesis que se acaban de esbozar. Pero no va a ser tan fácil saberlo: la propia diversidad de denominaciones en castellano de la asentada

contrario queda impune quien omite, aun sabiendo de la comisión del delito, una acción que impediría o dificultaría el resultado, acción que de todos modos no habría llevado a cabo. Formulándolo brevemente: quien para posibilitar un delito abandona la resolución de actuar ya adoptada, incurre en participación; quien no hace el esfuerzo de decidirse a contrarrestar un delito, queda impune” (“*Täterschaft und Tatherrschaft*”, De Gruyter, Berlín, 2006, 8ª ed., p. 487). Tomo la traducción de CUELLO CONTERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO a la séptima edición, en este punto del mismo contenido (*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 527).

denominación en inglés, *compliance officer*, es ya un indicio de la diversidad de perfiles de esta incipiente figura en el mundo empresarial español actual: oficial de cumplimiento, responsable de prevención, coordinador de prevención, oficial de ética.

Hasta donde sé, se trata en España de una figura aún poco extendida, pero creciente, sobre todo en empresas grandes y cumplidoras o con afán de serlo, y no siempre perfilada del mismo modo³⁹. En la dicotomía entre un perfil ejecutivo de seguridad y un *perfil impulsor, asesor y de control de quienes sí tienen deberes inmediatos de seguridad* – dicotomía que recuerda a la propia de los servicios de prevención de riesgos laborales –, creo que las empresas están optando razonablemente por el segundo. Los oficiales no están siendo configurados como delegados de seguridad, como garantes secundarios por delegación del garante primario. No son los encargados de disponer medidas de prevención de accidentes de trabajo, o de prevención de daños al medio ambiente, o de controlar la calidad de los alimentos o la seguridad de los productos químicos almacenados. Para ello hay ya responsables específicos que, según el tamaño de la empresa, suelen constituirse en nuevos delegantes.

Las labores que se les está asignando son en parte normativas, de promoción de políticas de empresa y de normas de conducta; en parte de coordinación y supervisión de los distintos responsables de seguridad; en parte de vertebración del procedimiento sancionador interno, como receptores de denuncias de contravenciones al código ético y como instructores de tales denuncias o como promotores de tal instrucción. En las empresas más conscientes de la nueva función y la nueva responsabilidad que comporta el sistema de punición de las personas jurídicas, y bien asesoradas respecto a la conveniencia de no generar innecesariamente nuevos potenciales responsables penales de los delitos de empresa, existe un justificado celo en no insertar al oficial en la cadena de garantía. En los nuevos reglamentos de prevención tiende a expresarse su función o la de la comisión de prevención con fórmulas del siguiente tenor: “La Comisión de Prevención es la encargada de coordinar las tareas de los responsables de la prevención de riesgos penales; colaborar con los concretos responsables cuando se detecte una específica necesidad al respecto; supervisar el desarrollo y la mejora de los concretos protocolos de prevención; impulsar la confección de un mapa de riesgos penales; recibir las denuncias por infracción del Código Ético y organizar su investigación”.

2. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento.

2.1. A título de autor.

17. Si tal fuera el diseño de las funciones del oficial de cumplimiento, lo que nos preguntamos ahora es si su incumplimiento puede significar una contribución al delito de otro y ser castigada como tal, y, ya antes, *si alguna de ellas puede ser considerada como una función de garantía* que pudiera deparar una responsabilidad a título de autor.

A. En relación con esto último viene a colación, en primer lugar, *la función de supervisión*. Recuérdese que cuando un garante primario (el empresario) delega un deber de garantía en uno secundario - que pasa a ser un nuevo garante -, no desaparece el deber del primero, sino que ve transformado su contenido. Lo que tiene ahora que hacer el

³⁹ Como destaca DOPICO GÓMEZ-ALLER, quien subraya además que las funciones de cumplimiento pueden estar centralizadas en un órgano o repartidas en varios (“Posición...”, *ob. cit.*, p. 168).

delegante es vigilar que el delegado haga su tarea y, si no es así, corregirle o sustituirle. Pero puede suceder que a su vez esta función remanente sea delegada, de modo que lo que tiene que hacer el delegante finalmente es supervisar al supervisor de la tarea de seguridad inicialmente delegada⁴⁰. Me disculpo del trabalenguas resultante con un ejemplo: pudiera ser que el empresario constructor delegue las funciones relativas a la seguridad de los trabajadores en el arquitecto técnico o ingeniero técnico y la supervisión de éste en el servicio de prevención⁴¹. O puede suceder precisamente que la delegación inicial de las tareas de seguridad medioambiental en el director industrial sean supervisadas por el oficial de cumplimiento, que sería así garante secundario con un contenido muy preciso de su deber de garantía⁴².

En tal coyuntura podría entonces suceder que se produzca un vertido típico del artículo 325 CP; que dicho vertido sea imputable a título de autor al trabajador que lo realiza activamente, al director industrial que no desplegó las medidas previstas para evitarlo y que omitió toda vigilancia o todo encargo de vigilancia al respecto, y al oficial de cumplimiento, que renunció a toda supervisión de éste⁴³.

B. Cabe también preguntarse, en segundo lugar, si la vocación de garante puede venirle al oficial como un “delegado para delegar”. Como buena parte de la función de garantía del administrador va a consistir en delegar y en hacerlo bien, de modo preciso, en personas adecuadas con medios suficientes, y de un modo armónico, en el sentido de que ni queden funciones de seguridad sin cubrir ni se cubran injustificadamente doblemente, cabe preguntarse si lo que en ocasiones se podría pedir al oficial es precisamente esta función de diseño y ejecución de las delegaciones.

Que fácticamente esto se pueda hacer no significa que esté permitido hacerlo jurídicamente o, mejor, que tenga los efectos pretendidos por el delegante originario. Más bien parece que se trata de una función indelegable⁴⁴ sin subvertir el sentido de la posición de garantía primaria, que consiste en controlar los riesgos o hacerlo por delegación, sin que parezca permisible la desresponsabilización que supondría hacerlo por delegación de la delegación. Sí como propongo *no cabe instituir al oficial como delegado de delegar*, resultará que en esta línea podrá ser a lo sumo asesor para la delegación y como tal, en su caso, un posible partícipe en el delito del delegante. Pero no un autor omisivo del delito finalmente no evitado.

⁴⁰ Y convertir así su deber de supervisión en un deber predominantemente pasivo y reactivo (DOPICO GÓMEZ – ALLER, “Posición...”, *ob. cit.*, p. 175). Sobre la delegabilidad de este deber remanente de supervisión, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión...*, *ob. cit.*, pp. 171 y ss.; BOCK, *Criminal Compliance*, Nomos, Baden – Baden, 2011, p. 762. MEINI considera que esta delegación del deber de supervisión exonera al delegante de responsabilidad, pues no queda “posición de garante residual alguna en manos del delegante” y porque “resulta ilógico pretender imputar *ad infinitum* un deber de vigilancia” (*Responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, pp. 364, 369 y ss.).

⁴¹ V. al respecto MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión...*, *ob. cit.*, pp. 172 y s.

⁴² V. al respecto ROBLES PLANAS, “El responsable...”, *ob. cit.*, p. 325; DOPICO GÓMEZ – ALLER, “Posición...”, *ob. cit.*, p. 175.

⁴³ Coincide en esta solución de responsabilidad del oficial a título de autor, ROBLES PLANAS, que no obstante la fundamenta de otro modo: autoría mediata por determinación de un error invencible del órgano directivo (“El responsable...”, *ob. cit.*, p. 328).

⁴⁴ Sobre la indelegabilidad de ciertas funciones por parte del órgano de administración de la sociedad, v. MEINI, *Responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, pp. 379 y ss.; MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión...*, *ob. cit.*, p. 93.

C. La tercera posible razón para una posición de garantía del oficial de cumplimiento provendría de su *posible función de detección de la peligrosidad excesiva*. Forma parte del deber original de garantía, del deber original del empresario, como *prius* lógico del mismo, la del conocimiento del grado de peligrosidad de la actividad y de las demás fuentes de riesgo de la empresa⁴⁵. Ello comporta un análisis de lo que se hace y de la medida en la que el ordenamiento permite hacerlo: se ha de saber tanto que el proceso productivo supone la emisión a la atmósfera de un determinado gas en una determinada cantidad, como si el ordenamiento permite la emisión y, si lo hace, en qué medida lo hace. Han de conocerse los riesgos y la medida del riesgo permitido.

Esta función de conocimiento es una función de garantía que puede delegarse en el delegado ejecutivo de seguridad o que puede escindirse y atribuirse a un órgano especializado, como sucede en ocasiones con el servicio de prevención de riesgos laborales. O que podría recaer en nuestro oficial de cumplimiento.

2.2. A título de partícipe.

18. Hacía referencia anteriormente al diseño cauto que usualmente se está haciendo de las funciones del oficial de cumplimiento, ciñéndolas al asesoramiento en materia de riesgos o al impulso del mismo a través de la realización de mapas de riesgos penales – por ejemplo, por la auditoría interna de la empresa –, a la supervisión de los titulares de deberes secundarios de garantía, o al desarrollo del procedimiento sancionador de las irregularidades, recibiendo o canalizando las denuncias e investigándolas o promoviendo su investigación.

Mientras que, como se ha señalado, las funciones delegadas del oficial consistentes en la supervisión o en la detección de riesgos pueden constituir funciones de garantía, las funciones de detección e investigación de delitos no lo son de garantía. Su incumplimiento sólo puede tener un significado contributivo al delito de otro, que para que sea penado requiere su carácter previo a la consumación de tal delito⁴⁶ y la conciencia de tal contribución. Esto sucederá significativamente cuando *el oficial de cumplimiento investido para tales tareas decida no investigar un delito que se está cometiendo o que se va a cometer y del que tiene conocimiento a través de una denuncia, de una investigación interna rutinaria o de su percepción personal*⁴⁷.

⁴⁵ Así, ROBLES PLANAS, que se refiere al “deber de establecer los mecanismos organizativos adecuados para evitar” o minimizar la existencia de los riesgos típicamente unidos a la actividad empresarial, deber que “implica el de procurarse los conocimientos necesarios sobre aquellos peligros” (“El responsable...”, *ob. cit.*, p. 323).

⁴⁶ Como subraya DOPICO GÓMEZ – ALLER, la mera omisión de denuncia de delitos consumados es atípica (“Posición...”, *ob. cit.*, pág. 180).

⁴⁷ En el mismo sentido, DOPICO GÓMEZ – ALLER, “Posición...”, *ob. cit.*, págs. 182, 184. También en “Comisión...”, *ob. cit.*, p. 68, n. m. 551. Esta solución coincide en parte con la de ROBLES PLANAS: si se trata “de informaciones que el órgano pudo haber obtenido por otras vías o de situaciones de riesgo que habrían de haber sido igualmente advertidas mediante el cumplimiento de los deberes de vigilancia y control residuales y generales que corresponden en todo caso a la dirección de la empresa, la conducta del responsable de cumplimiento habrá de calificarse como de complicidad”. También si la información omitida “se refiere a una actividad delictiva cometida por un subordinado [...], de forma que la dirección de la empresa no puede llegar a conocer ni ejercer adecuadamente sus correspondientes facultades de vigilancia y control” (“El responsable...”, *ob. cit.*, p. 329).

Este fue el supuesto de la famosa sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 17 de julio de 2009⁴⁸. Se terminó sancionando como cómplice por omisión al director de revisión interna de una empresa de limpiezas de Berlín que en lo concerniente a la determinación de las tasas que se cobraba a los ciudadanos se regía por el Derecho público. El condenado toleró que se cobraran tasas superiores a las preceptivas. El tribunal llega a esta correcta conclusión por una senda que considero inadecuada y que le lleva a realizar afirmaciones muy controvertidas: que el acusado tenía una posición de garantía por delegación y que tal posición consistía en impedir los delitos que puedan surgir de la empresa por parte de sus miembros⁴⁹.

IV. CONCLUSIÓN.

19. Concluyo dirigiéndome al oficial Ryan y a su atribulada pregunta: ¿podré resultar yo penado como oficial de cumplimiento por los delitos de empresa que no sea capaz de evitar o de ayudar a evitar?

Para responderle tendría que conocer con detalle el perfil de su cargo: las funciones que ha decidido asumir.

- La respuesta sería “sí, y como autor”, si, como no es lo usual, actúa como un delegado de un deber de garantía del que sea titular la empresa. Aun en ese caso, Ryan debería atender al siguiente lenitivo: la empresa no es garante de que no se cometa ningún delito en su seno y a su favor, sino sólo de que no se cometan determinados delitos que sean expresión de los riesgos productivos de la empresa.

- Un segundo “sí, y como autor” más limitado provendría de sus funciones delegadas bien de supervisor del empresario garante-delegante, bien de detector de riesgos.

- Lo normal es que su única responsabilidad penal posible lo sea como partícipe por incumplimiento de sus tareas de investigación de un delito denunciado. Será raro, porque exigirá que el delito no se haya terminado de consumir y que Ryan sea consciente de ello y la contribución que presta con su inactividad.

V. RESUMEN.

20. La pregunta a la que pretende responder este artículo es si puede responder penalmente el oficial de cumplimiento de una empresa por ciertos delitos que cometan los trabajadores, los directivos o los administradores de la misma (apartados 1 y 2).

21. La respuesta nos obliga, en primer lugar, a recordar los presupuestos de la imputación de resultados a omisiones (3 y 4), de entre los que destaca la infracción de un deber de garantía (5), cuya titularidad para el oficial de cumplimiento sólo podrá provenir por la asunción de una delegación (6). Por ello nos hemos permitido recordar los requisitos y los efectos de la delegación. La delegación no sólo genera un deber de seguridad nuevo en el delegado que la acepta, sino que transforma el contenido del deber de seguridad del

⁴⁸ BGH 5 StR 394/08.

⁴⁹ Un reciente comentario a esta sentencia puede encontrarse en Robles Planas, “El responsable...”, *ob. cit.* pp. 319 y s.

delegante, que pasa a ser de control y corrección del delegado (7). Para ello del será necesaria una selección adecuada del delegado, una asunción libre por parte del mismo de las funciones que se le trasladan, y la dotación de los medios necesarios para cumplirlas (8).

Para que el oficial sea garante en cuanto delegado de la empresa hará falta que la empresa delegante tenga tal posición de garantía por alguna razón (9). Sea por injerencia o sea por mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio, la empresa sólo es garante respecto de los riesgos imbricados en su proceso de producción o de prestación de servicios (10): de entre los múltiples deberes que corresponden a la empresa sólo algunos lo son de garantía; sólo la quiebra de algunos puede generar la imputación de un resultado no evitado (11), incluso cuando el mismo corresponda a la autoría activa u omisiva de un tercero (12).

El oficial podría ser penalmente responsable sin ser garante: podría serlo no como autor sino como partícipe por omisión cuando incumpla un deber específico de actuación – que no lo sea de garantía – cuya observancia hubiera impedido o dificultado la comisión de un delito por parte de un tercero (13). La punición de esta contribución omisiva exige dolo (14).

22. Para determinar en concreto la posible responsabilidad penal del oficial de cumplimiento según los anteriores parámetros (15) será necesario conocer cuáles son sus funciones. Podrían serlo directamente de seguridad, aunque lo habitual es que las empresas configuren esta figura con un perfil impulsor, asesor y de control de quienes sí tienen deberes inmediatos de seguridad (16).

En tal perspectiva, el oficial de cumplimiento podría responder como autor por un delito de empresa si incumple la labor de supervisión (remanente en la empresa delegante) o la labor de detección de riesgos (anexa a todo deber de garantía) que le haya delegado la empresa como delegante originario (17). Y podrá responder como partícipe si decide no investigar un delito que se está cometiendo o que se va a cometer (18).

BIBLIOGRAFÍA.

BOCK, D., *Criminal Compliance*, Nomos, Baden – Baden, 2011.

DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009.

DOPICO GÓMEZ – ALLER, J., “¿Qué salvar del art. 318 CP?: la responsabilidad de administradores y encargados de servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Revista General de Derecho Penal*, 9, 2008, pp. 1 a 35.

DOPICO GÓMEZ – ALLER, J., “Comisión por omisión”, en AA.VV., *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 51 a 69.

DOPICO GÓMEZ – ALLER, J., “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del ‘deber de control’”, en AA. VV., dir. ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN, *El*

Derecho Penal Económico en la era compliance, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 165 a 189.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Derecho Penal de la empresa*, Reus, Zaragoza, 2007.

FRISCH, W., “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división de trabajo”, en AA. VV. (coord. MIR PUIG y LUZÓN PEÑA), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 99 a 128.

HORTAL IBARRA, J. C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en AA. VV., *Hacia un Derecho Penal europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 209 a 227.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores”, en AA. VV. (coord. Hortal Ibarra), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Edisofer y B de F, Madrid, Montevideo y Buenos Aires, 2009, pp. 203 a 226.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, (4ª ed.).

MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del Art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2008.

PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa - y en otras organizaciones -”, en AA. VV., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 411 a 430.

PEÑARANDA RAMOS, E., “Autoría y participación en la empresa”, en AA. VV. (dir. Serrano Piedecabras y Demetrio Crespo), *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 161 a 186.

PÉREZ CEPEDA, A., *La responsabilidad de los administradores de sociedades*, Cedesc, Barcelona, 1997.

ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROBLES PLANAS, R., “El responsable de cumplimiento – ‘compliance officer’ - ante el Derecho penal”, en AA. VV., dir. SILVA SÁNCHEZ, coord. MONTANER FERNÁNDEZ, *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319 a 331.

ROXIN, C., “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, De Gruyter, Berlín, 2006, 8ª ed.

ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II*, Beck, Múnich, 2003.

RUEDA MARTÍN, M. A., *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona, 2013.

SCHALL; H; “Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung”, en AA. VV. (Rogall, I. Puppe, Stein y J. Wolter), *Festschrift für Hans Joachim Rudolphi*, Luchterland, Neuwied, 2004, pp. 267 a 283.

SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” (trad. D. BRÜCKNER Y LASCURAÍN SÁNCHEZ) en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41, 1988, pp. 529 a 558.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., Artículo 11”, en AA. VV. (dir. Cobo del Rosal), *Comentarios al Código Penal, I*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 441 a 488.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 38, 1989, pp. 367 a 404.