

**LA DELINCUENCIA *EN LA EMPRESA*: PROBLEMAS DE AUTORÍA Y
PARTICIPACIÓN EN DELITOS COMUNES**

Autor

MAXIMILIANO A. ARAMBURO C.

Asesor

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Profesor de derecho penal

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL
MEDELLÍN
2006

TABLA DE CONTENIDO

AUTOR

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

RESUMEN

ABSTRACT

PALABRAS CLAVE

ABREVIATURAS

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.
 - 1.1. Introducción.
 - 1.2. Objeto.
2. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS.
 - 2.1. Concepto de autor del que se parte.
 - 2.2. Criterios de distinción entre autores y partícipes.
 - 2.3. Concepto de empresa del que se parte: la empresa como escenario del fenómeno.
 - 2.4. Concepto de directivos y subordinados.
 - 2.4.1. Directivos.
 - 2.4.2. Subordinados.
 - 2.4.3. Exclusión.
3. EL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR: PROPUESTAS DE SOLUCIÓN Y APLICACIÓN AL ÁMBITO EMPRESARIAL.
 - 3.1. El planteamiento inicial de ROXIN: autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.
 - 3.1.1. Elementos que componen la autoría mediata por dominio de la organización.
 - 3.1.2. Crítica.
 - 3.1.3. ¿Es trasladable esta estructura a las empresas?
 - 3.2. La propuesta de JAKOBS: coautoría.

- 3.2.1. Los requisitos de la coautoría.
- 3.2.2. ¿Puede haber coautoría entre el autor mediato y el autor directo?
- 3.2.3. ¿Es trasladable la coautoría a las empresas?
- 3.3. La tesis de la participación: fundamento y aplicación en el ámbito empresarial.
 - 3.1.1. Inducción o determinación.
 - 3.1.2. Cooperación necesaria.
- 3.4. La tesis de la autoría mediata.

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La doctrina penal ha debatido en los últimos años sobre la responsabilidad penal del directivo de una empresa, por los hechos ordenados por él y ejecutados por sus subordinados. Las soluciones propuestas, que recorren todas las posibles formas de imputación de responsabilidad penal, no siempre son dogmáticamente satisfactorias para un ordenamiento jurídico determinado. En este escrito se analizan todas ellas: autoría mediata, coautoría, inducción y autoría accesoria.

ABSTRACT

During the last years, criminal theorists have discussed on the liability of the members of the board of directors of a company, by the offences they orderd and that were committed by subordinates. The proposed answers, that cross all the possible forms of attribution, are not always dogmatically satisfactory in a determined set of laws. In this paper, they all are analyzed: mediate responsibility, coresponsibility, induction and accessory responsibility.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal económico, Autoría y participación, Aparatos organizados de poder, Responsabilidad penal de directivos.

ABREVIATURAS

AA.VV.	: Autores varios
ACDP	: Anuario de derecho penal y ciencias penales
Art.(s)	: Artículo
Cas. Pen.	: Casación penal
C. Const.	: Corte Constitucional
Const. Pol.	: Constitución Política de Colombia
C. Co.	: Código de comercio
Cas. Pen.	: Sala de casación penal
CP	: Código Penal colombiano
CSJ	: Corte Suprema de Justicia
CST	: Código Sustantivo del Trabajo
DP	: Derecho penal
DPE	: Derecho penal económico
DPC	: Derecho Penal y Criminología
ed.	: Edición
EPB	: Enciclopedia Penal Básica
NFP	: Nuevo Foro Penal
p.	: Página
PE	: Parte Especial
PG	: Parte General
reimpr.	: Reimpresión
RP	: Revista Penal
t.	: Tomo
Trad.	: Traductor

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1. INTRODUCCIÓN.

Desde que la llamada delincuencia económica constituyó en sí misma un objeto de estudio por los penalistas, las definiciones de lo que significa *derecho penal económico* han ido de un extremo a otro de la parte general de esta disciplina. Aunque la definición misma suele ser objeto de investigaciones más amplias, he adoptado un punto de partida concreto y limitado que entiende el DPE no como un *nuevo* derecho penal ni como una parcela autónoma del ordenamiento jurídico, sino como una denominación común para un grupo de problemas y casos en los que las respuestas tradicionales del derecho penal suelen ser modificadas. Ello es particularmente cierto en materia de autoría y participación, pues hay características de la criminalidad de empresa (como la pluralidad de sujetos activos; la usual indeterminación del sujeto pasivo; la dificultad en el establecimiento del nexo causal, entre otras) que hacen que sea más complejo realizar la imputación subjetiva¹. Esas características tienen su origen en los siguientes factores:

- a) La complejidad el modo de producción industrial y la comercialización de los productos.
- b) La división del trabajo dentro de la propia empresa, a través de la distribución de roles y deberes, tanto horizontal como verticalmente, a partir de relaciones jerárquicas regidas por el deber de obediencia.
- c) El principio de delegación de funciones.

¹ Sobre estas dificultades, véase en forma amplia ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal” en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLA, Enrique, *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva, 1999, p. 207 y ss.

- d) El principio de confianza, que en ocasiones sugiere que algunos comportamientos lesivos no se realizan con conciencia y voluntad.
- e) La escisión entre quienes actúan y quienes se responsabilizan del hecho

Semejante naturaleza de los problemas a encarar hace que la opción por un concepto de DPE amplio sirva además a un segundo propósito: inscribir estas líneas como parte de un proyecto más extenso que, en general, ha sido dedicado a estudiar los problemas de autoría y participación en la llamada delincuencia económica² y que comparte en líneas generales idéntico punto de partida, según el cual los alcances del llamado DPE van más allá de aquellos delitos contra bienes jurídicos supraindividuales como objeto inmediato de protección (como ocurriría en la versión estricta del DPE).

En cuanto al tema específico del que nos ocuparemos en estas líneas, varias cosas deben resaltarse. En primer lugar, que se trata de problemas de autoría y participación relacionados con la delincuencia *en la* empresa y no con la delincuencia *de* empresa, siguiendo la distinción ya frecuente que hace la doctrina alemana y recientemente también la española³. Esta diferencia reviste importancia, debido no sólo a que otras parcelas del proyecto de investigación que sirve de marco de presentación a este escrito han abordado ya con agudeza y solvencia el tema en tratándose de los delitos de infracción del deber⁴ y del actuar

² Sobre el punto de partida, remito íntegramente a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *DPE PG*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

³ La distinción obedece a la diferencia, propia de SCHÜNEMANN, entre *unternehmenskriminalität* o criminalidad de empresa y *betriebskriminalität* o criminalidad en la empresa, que busca separar dos grupos de supuestos que tienen lugar en escenarios y con sujetos distintos. Al respecto, SCHÜNEMANN, Bernd, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *ADPCP*, t. XLI, fascículo II, 1988, p. 529 y 530; así mismo, TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, p. 13 y 14; MARTÍNEZ-BUJÁN, ob. cit., p. 68; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, *Criminalidad de empresa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002, p. 38.

⁴ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia y SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, "Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la teoría de los delitos de infracción del deber", Medellín, Universidad Eafit, documento inédito, 2005.

en lugar de otro⁵ -que suelen incluirse frecuentemente como problemas de la delincuencia *de* empresa–, sino también porque nosotros, más que tratar problemas propios *de* la empresa –como los llamados delitos societarios o los fraudes tributarios que suelen ser consagrados en la ley como delitos especiales– nos referiremos a las dificultades que se enfrentan al momento de atribuir el hecho a un sujeto cuando la conducta que se juzga, habiendo sido tipificada como un delito común, ha ocurrido *en* el seno de una organización empresarial.

Esto a su vez pone de presente, por una parte, que limitaremos el estudio a los delitos comunes y, por la otra, que el objeto de análisis se encuentra a su vez circunscrito por los concretos linderos de la autoría y la participación, razón por la cual no se llevará a cabo ni un estudio sobre el injusto en tales infracciones ni un análisis de parte especial, sin perjuicio de que a lo largo de estas páginas se recurra ella o a otros temas de parte general para ejemplificar y aclarar hipótesis.

Por otra parte, debe notarse también que se trata de un tema cuya indiscutible actualidad se debe a que las propuestas de imputación que se expondrán constituyen en sí mismas mecanismos “alternativos” a las estructuras tradicionales para hacer frente a *nuevas* formas de criminalidad. Así, al lado de la tipificación de delitos de peligro abstracto, la extensión de la punición a conductas imprudentes y la fundamentación de responsabilidad a través de la omisión (y la necesaria construcción de posiciones de garante), los nuevos contenidos de la autoría y la participación se convierten en herramientas político criminales que llenan “vacíos de punibilidad” en supuestos en los que se considera que debe criminalizarse la conducta de una persona distinta de aquella que, bajo las estructuras clásicas, sería llamada a asumir responsabilidad penal⁶. Estas nuevas

⁵ ESCOBAR VÉLEZ, Susana, “El ‘actuar en lugar de otro’ en el Código penal colombiano. Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3”, Medellín, Universidad Eafit, trabajo de grado, 2005.

⁶ Cfr. MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, p. 30; así mismo, GARCÍA CAVERO, Percy,

construcciones son explicadas por algunos en virtud de una *función* que asignan al derecho penal, de controlar “disfunciones sociales”⁷, que así descrita parece ser fruto de concepciones normativistas extremas y que lleva a aligerar los requisitos que se exigen para imputar responsabilidad a alguien a título de autor.

Finalmente, creemos necesario llamar la atención sobre la necesidad constante en el DPE de echar mano de la aguda polémica sobre la identidad o diversidad del ilícito penal con el ilícito extrapenal, retomando la discusión sobre los límites del carácter fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal respecto de hechos regulados y sancionados civil, comercial o administrativamente.

1.2. OBJETO.

La pregunta que se intenta contestar en esta investigación, entonces, es la siguiente: ¿responde penalmente el empresario o el directivo de una estructura empresarial por los delitos comunes cometidos por sus subordinados en ejercicio de sus funciones? En caso afirmativo, ¿cuál es el contenido de su responsabilidad? ¿Responde a título de autor o de partícipe? Como corresponde a todo estudio analítico, la respuesta a esas preguntas sólo puede ser la siguiente: depende. Depende de qué delito se trate; depende del ámbito en el que se lleven a cabo; depende de si corresponde a una actuación autónoma del subordinado o a una actuación influida por el directivo; depende de qué actos del directivo hayan influido esa decisión; depende, en fin, de quiénes intervengan y cómo en la generación de la voluntad criminal.

Debemos precisar que no nos preguntamos por todas las posibles formas de responsabilidad penal del directivo. En principio, limitamos el estudio a aquellos

“La imputación jurídico penal en el seno de la empresa”, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 329 y ss.

⁷ MEINI MENDEZ, ob cit., p. 32.

supuestos de delitos comunes cometidos por los subordinados por orden de aquél. En el futuro, esperamos abordar el problema de la responsabilidad por omisión del empresario por los delitos cometidos por los subordinados y el problema de la posición de garante respecto de las consecuencias lesivas del comportamiento de aquellos, y la aplicabilidad de figuras del derecho privado como la culpa *in vigilando* y la culpa *in eligendo*, al derecho penal; así mismo, por ahora dejamos de lado la responsabilidad de los miembros de órganos colegiados por la adopción de acuerdos que, siendo contrarios a derecho, lesionan bienes jurídicos, tema que ya empieza a ser tratado por la doctrina con bastante profundidad⁸. En esta fase de la investigación sólo se desarrollará la primera parte, en la que se recogen y presentan de manera ordenada las respuestas de la doctrina más importante en los últimos tiempos, con breves referencias al derecho colombiano.

Así, dadas las múltiples variantes que juegan, nos enfocaremos únicamente en los delitos comunes, es decir, en aquellos cuya descripción típica no exige una calidad especial del autor, sino que pueden imputarse a cualquiera. Por lo demás, debe aclararse que se pretende apenas el planteamiento de problemas y la valoración general de las posiciones mayoritarias que ilustran el estado de la cuestión.

Para ello, avanzaremos, entonces, postulando los presupuestos metodológicos o conceptos de los que se parte, los cuales permiten trazar un hilo conductor garante de coherencia entre los puntos de partida y las conclusiones a las que se arribe (II), para a continuación, formular las posiciones mayoritarias de la doctrina al solucionar los supuestos de autor detrás del autor (III). En una posterior fase de esta investigación, analizaremos en forma amplia este y otros supuestos, con puntuales referencias a la doctrina y jurisprudencia colombianas.

⁸ Sirva como referencia, MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio, "Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado", tomado de www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artmeini.htm [abril 13 de 2005].

2. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS:

2.1. CONCEPTO DE AUTOR DEL QUE SE PARTE.

Sólo se es consecuente con el derecho positivo que sirve como marco de referencia y con los postulados filosóficos y políticos desde los que se entiende el derecho penal, si al abordar problemas de autoría y participación se deja plasmado el concepto de autor del que se parte. Ello obliga a optar por un concepto de autor que se adecue al modelo penal postulado por la Const. Pol. y por nosotros defendido.

Creemos con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que sólo es autor quien realiza el tipo, lo cual supone entender que la tipicidad se encuentra indisolublemente articulada al concepto de autor –aunque no a la manera de las teorías objetivo formales– y que se excluye la calidad de tal de quien no realiza la conducta descrita en el tipo⁹. Pero no quiere decir, por supuesto, que sea imposible castigar a los partícipes; sólo que a éstos sólo podrá reprochárseles jurídico penalmente su conducta en forma accesoria a la conducta de un autor¹⁰.

⁹ Cfr. en forma amplia, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991. En forma breve y esquemática, el mismo, “La autoría en derecho penal: Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en *DPC*, Vol. XXV, N. 76, 2004. Así mismo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *Derecho penal contemporáneo, Revista internacional*, N. 2, 2003.

¹⁰ En efecto, aunque en la práctica se aplique la misma pena al autor y al partícipe –como ocurre con la identificación punitiva del autor y el determinador en el derecho colombiano, o entre estos dos mismos y el cooperador necesario en España y Argentina, por ejemplo–, la doctrina sostiene que la consecuencia dogmática más importante de esta distinción es precisamente la accesoriadad de la punibilidad del partícipe. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA, ob. cit., p. 151; el mismo, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia empresarial?” en AA.VV, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2000, p. 501; el mismo, en un texto de casi idéntico título pero más amplio contenido, “Problemas de autoría y participación en el Derecho pena económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas

La opción por un concepto restrictivo obedece a opciones político-criminales sobre merecimiento y necesidad de pena: en virtud de la mayor o menor *urgencia* en prohibir ciertos comportamientos de autoría frente a comportamientos de participación, debe determinarse qué sujetos merecen y necesitan una sanción penal independientemente de la calificación de la conducta de otros y qué conductas, a pesar de ser accesorias, merecen tanta pena como la del autor¹¹.

En Colombia, a pesar de que la jurisprudencia parece a veces insistir en lo contrario¹², no cabe duda de que el legislador de 2000 acogió un concepto restrictivo de autor, que diferencia entre ambas formas de intervención en el delito, al consagrar en el artículo 28 del Código Penal que “*concurrer en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes*”.

La adopción del concepto restrictivo fue caracterizada, además, a partir de la accesoriedad limitada¹³, tal y como se desprende del art. 30 *ibídem*, noción que conviene tener muy presente al intentar soluciones respecto de las “nuevas” formas delictivas y del tratamiento que pretende hacerse de ellas. Pero como insinuábamos, este punto que nosotros tomamos como presupuesto no es pacífico. La jurisprudencia colombiana anterior al actual CP, algunas veces adoptó criterios extensivos y en otras, criterios restrictivos. Ejemplo de lo primero es una decisión mediante la cual se sostuvo que la distinción entre autores y

que, sin realizar acciones ejecutiva, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Derecho penal económico*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 176.

¹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y LUZÓN PEÑA, *ob cit.*, p. 96.

¹² Sobre todo, a partir de la ya famosa figura de la “coautoría impropia” asentada en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás.

¹³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “La autoría en derecho penal: Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, *ob. cit.*, p. 37; la cursiva no pertenece al texto citado. Así mismo, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2004, p.470; aún desde el CP de 1980, en opinión que debe tenerse en cuenta, SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría y participación*, 2ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 330 y ss.

partícipes era “útil e importante para el intérprete” pero que tenía “menos trascendencia frente al Código penal colombiano que [...] *establece un concepto amplio de autor en el que caben perfectamente las nociones de determinador y de autor material* (artículo 23)”¹⁴. Los ejemplos de lo segundo son menos escasos y por eso referiremos algunos más adelante, aunque a pesar de la distinción, el ejemplo más contundente de que la adopción del criterio restrictivo es meramente formal, es la incómoda figura de la coautoría impropia en la que de tiempo atrás, y aún en vigencia del CP de 2000, insiste la jurisprudencia nacional, extendiendo la calidad de autor a quien ha colaborado con la realización de la conducta.

Adoptamos como punto de partida, entonces, el mismo concepto restrictivo de autor del que se hace gregaria la legislación vigente, con la finalidad de enfrentarlo a los supuestos problemáticos de comisión de delitos comunes al interior de la empresa, de tal suerte que pueda verificarse cuál de las soluciones posibles respecto de la responsabilidad o irresponsabilidad de los directivos se compadece más con el concepto de autor asumido y, por supuesto, con la legislación vigente. Si bien somos conscientes de que las soluciones *de lege ferenda* no dependen de la opción de un determinado legislador, lo que pretendemos al invocar la normatividad penal colombiana es ir sembrando mojones de referencia que permitan abonar el terreno de las conclusiones parciales a las que se aspira a llegar, haciendo un llamado de atención sobre los problemas que nuestra legislación puede presentar una interpretación del orden jurídico vigente.

Este concepto restrictivo de autor debe ser igualmente aplicable a todos los tipos de la parte especial, si se quiere ser respetuoso de principios basilares del derecho penal liberal como los de igualdad, legalidad y responsabilidad subjetiva. El escenario de los delitos comunes que nos ocupa y la complejidad de las

¹⁴ CSJ, Cas. Pen., 12 de julio de 1989, M.P. Rodolfo Mantilla Jácome.

organizaciones empresariales –caracterizadas por estructuras verticales de mando, deber de obediencia y acatamiento a las órdenes de los superiores– hace que en la tarea de determinar quién *domina* un hecho sea hoy obligatorio reexaminar en qué consiste la aportación de cada persona.

2.2. CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE AUTORES Y PARTÍCIPES.

De qué criterio se adopte para la distinción entre conductas de autoría y participación, que sea respetuoso del concepto restrictivo que permite tal ejercicio, también depende el resultado material pretendido.

Acá nos limitaremos simplemente a llamar la atención sobre la importancia que revisten a efectos del objeto de este estudio, dos teorías fundamentalmente: en primer lugar (i), la teoría del dominio del hecho, formulada por WELZEL y desarrollada por ROXIN, según la cual es autor quien domina el sí y el cómo del acontecer delictivo. Según esta teoría, la calidad de autor en los delitos de resultado se adquiere porque el sujeto domina el acontecer típico, siendo su figura central¹⁵. En segundo lugar (ii), una teoría más restrictiva que la anterior –que, sin embargo, no llega al extremo de las teorías objetivo-formales– llamada de la “determinación objetiva y positiva del hecho”, formulada y desarrollada casi al unísono por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁶ y que ha sido calificada por este último como una versión heterodoxa de la primera¹⁷.

Desde la teoría del *dominio del hecho* como criterio para diferenciar entre autores y partícipes se planteó la discusión dogmática que nos ocupa. Según sus defensores, en los delitos de resultado es posible dominar el hecho dominando la

¹⁵ La visión más extendida de esta teoría, en ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.

¹⁶ Sobre las diversas teorías para diferenciar entre autoría y participación, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, voces *autoría y participación*, en LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel (Coord.), *EPB*, Granada, Comares, 2003.

¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, ob. cit., p. 603.

acción (autoría directa), o hacerlo por dominio funcional (o coautoría), o por dominio de la voluntad (o autoría mediata). El dominio de la voluntad, a su vez, puede darse básicamente en tres supuestos: creación o aprovechamiento del error en que incurre el instrumento; coacción sobre éste; o –aquí está la innovación– dominio sobre la estructura de poder a la que pertenece, en uno de sus últimos peldaños, el instrumento¹⁸.

La última forma de autoría mediata supone para ROXIN la existencia de dos autores plenamente responsables: el ejecutor (quien tiene el dominio de la acción), y el hombre de detrás, también llamado autor detrás del autor (quien tiene el dominio de la voluntad por dominio de la organización). Esta solución ha desatado toda suerte de reacciones de la doctrina, las cuales se observan mejor con el lente del concepto de autor que se tenga.

Por su parte, la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho postula que es preferible hablar de *determinación* y no de dominio del hecho, pues cualquier construcción debe aplicarse por igual también a los delitos imprudentes, que no son, en estricto sentido, dominados ya que no hay una voluntad final que dirija la acción; que tal determinación debe ser *objetiva*, esto es, que obedezca a una voluntad final de realizar aquello que *objetivamente* fundamenta el dominio del hecho o, dicho en otras palabras, que haya un “dominio o control objetivo” del hecho, con prescindencia de la voluntad del agente¹⁹; y, finalmente, que tal determinación objetiva consista en actos positivos, esto es, que no sea un mero poder de impedir el hecho lo que otorgue el carácter de autor a quien interviene en

¹⁸ ROXIN, Claus, *Autoría*, ob. cit., §24. En la doctrina colombiana, cfr. REYES CUARTAS, José Fernando, “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *DPC*, Universidad Externado de Colombia, Vol. XXV, No. 75. Así mismo, POSADA ECHAVARRÍA, Plinio, *Identificación del autor*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002; el mismo texto, con ligeras variaciones, bajo el título de “Una visión del ‘dominio de voluntad por organización’ y su aproximación al derecho penal colombiano”, en *NFP* No. 62.

¹⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 104.

él. Esta teoría, tiene sus efectos más importantes en la distinción de los actos de coautoría de los de complicidad.

Particularmente, nos parece seductora y correcta la idea de un concepto restrictivo de autor fundado en la distinción entre las formas de intervención en el hecho punible formulada por los defensores de la determinación objetiva y positiva del hecho²⁰, porque es la única que permite distinguir con absoluto respeto del principio de accesoriedad conductas de autoría (más precisamente, de coautoría) de conductas de participación o, lo que es lo mismo, es la única forma en la que se mantiene ligado el concepto de (co)autor a la realización del tipo, con respeto del principio de responsabilidad subjetiva. Por lo tanto, de ella tomaremos los argumentos que nos permitirán apartarnos luego de algunas soluciones tradicionales respecto del problema planteado. Según esta concepción, como se dijo, autor es sólo quien realiza actos ejecutivos típicos y positivos (activos u omisivos) de la conducta descrita en la ley penal. Ello permite sostener que quien sólo tiene un poder de impedir el resultado, no por ello realiza el tipo y en consecuencia a lo sumo podrá ser partícipe, lo cual reviste particular importancia frente a la jurisprudencia colombiana²¹ y en los supuestos de delincuencia en la empresa, respecto de la conducta que despliega el directivo en relación con los actos de los subordinados, como veremos más adelante.

²⁰ Sobre sus presupuestos, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y LUZÓN PEÑA, *ibid.*, p. 104

²¹ Solamente para ilustrar con un ejemplo reciente, la jurisprudencia nacional ha insistido en la llamada “coautoría impropia” como un caso de dominio funcional del hecho. Al respecto, se refleja de manera clara la posición de la Corte en las siguientes líneas: “Por estas razones y de manera atinada concluyó el Tribunal que la anterior reseña fáctica ‘surge no solamente del acuerdo requerido para poder predicar la figura de la coautoría, sino también la contribución objetiva a la realización del hecho y, finalmente, el dominio que éste tenía sobre el suceso, que bien pudo impedir, de no haber querido que este desenlace ocurriera, toda vez que lo lógico es que recriminara a su compañero por el comportamiento desplegado, que lo despojara de su revólver, que se abstuviera de perseguir la camioneta y de proceder a cerrarla como esta comprobado que lo hizo. Este acusado, se insiste, tuvo siempre el dominio del hecho, condición necesaria para que se le considere coautor del delito” (Cas. Pen., marzo 25 de 2004, Exp. 18308, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés).

2.3. CONCEPTO DE EMPRESA DEL QUE SE PARTE: LA EMPRESA COMO ESCENARIO DEL FENÓMENO.

Hemos dicho ya que los supuestos de hecho que nos ocupan tienen lugar *en* la empresa. Se utiliza la voz “empresa” a pesar de que puede ser equívoca, razón que obliga a precisar sus contornos. No se acoge acá en sentido estricto la definición de empresa jurídico mercantil, que en Colombia está dada por el artículo 25 del C. Co.²², sino un concepto mucho más amplio que, si se quiere, es impreciso desde otras parcelas del ordenamiento, pero que respecto del derecho penal representa la ventaja de abarcar toda una serie de estructuras públicas y privadas, no necesariamente mercantiles, bajo la figura de una sociedad o de otra estructura jurídica (por ejemplo, una empresa unipersonal), que tienen por característica común ser integradas por pluralidad de personas, estar dotadas de una estructura jerárquica y participar activamente en el mercado o tráfico jurídico.

Este concepto permite incluir asociaciones privadas, entidades gremiales, organizaciones sindicales, sociedades civiles, fundaciones y corporaciones, entre otras, que no obedecen necesariamente al concepto iusmercantil de “empresa”. Así, también se incluirán estructuras del sector público que juegan a diario en el tráfico jurídico debido a las características de nuestra economía durante tantos años intervenida, tales como las entidades públicas descentralizadas, tanto territoriales como por servicios (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta), según la Const. Pol. y la ley. No nos referimos necesariamente, pues, a personas jurídicas de derecho comercial, aunque la doctrina suele inclinarse por mencionarlas sólo a ellas²³.

²² Esta norma señala: “Se entiende por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

²³ VOGEL, Joachim, “Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas” (trad. Víctor Gómez Martín), en AA.VV., *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 130.

Así, a pesar de las diferentes acepciones y de entender la voz “empresa” como sujeto y no como actividad, a lo largo de estas líneas se utilizará la expresión en un sentido amplísimo y, si se quiere, transpersonalizado, más cercano a la segunda acepción que del citado término trae el Diccionario de la Lengua Española: “Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”²⁴.

Respecto del concepto de empresa y su relevancia para el DP, baste decir que la intromisión de esta parcela del ordenamiento en las actividades empresariales obedece al incremento de riesgo para los bienes jurídicos a partir de la revolución industrial. Hoy, buena parte de los riesgos para los bienes jurídicos han dejado de ser producidos por el individuo, y han trasladado su “sede” a la empresa. Se calcula que la empresa desarrolla la casi totalidad de la actividad económica que dinamiza el desarrollo social, razón por la cual se convierte en sujeto destinatario de normas que regulan su actividad y, por lo tanto, en potencial autora de infracciones administrativas²⁵.

En efecto, podría pensarse que si una persona jurídica tiene capacidad para celebrar contratos, también podría llegar a celebrar contratos fraudulentos. Ello significaría que al igual que existen normas que a un colectivo le confieren personalidad jurídica y capacidad de contratar, puede haber otras que, dirigiéndose también a ella, le impongan deberes de conducta.

Si se mira con cuidado, la empresa tiene por característica ser generadora de riesgo al menos en tres momentos del ejercicio de su actividad: en el proceso de

²⁴ Nótese que nosotros añadimos con fines eminentemente prácticos, organizaciones que no tienen fines lucrativos.

²⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ anota que en Europa la empresa desarrolla el 80% de la actividad económica regulada por la Comunidad Europea. Cfr “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal” ob. cit., p. 204. Similar porcentaje puede observarse en América Latina.

producción, en los resultados producidos por la actividad industrial y con los desechos industriales²⁶. Por ser generadora de riesgo, la empresa se convierte en potencial lesionadora de bienes jurídicos y en destinataria de la norma penal. Además la mirada hacia la empresa no sólo pone sobre el tapete la discusión sobre la punibilidad de la propia persona jurídica²⁷, sino que hace descubrir que hay supuestos en los que no actúa la empresa directamente ni sus representantes. Se trata de hipótesis en que la estructura empresarial es utilizada como una herramienta para la comisión de infracciones, en las que el resultado lesivo se produce sin tener un causante inmediato o aparente, por ser el hecho de un *ente colectivo*, más que de un individuo. Ese carácter casi anónimo del hecho, permite en principio que la estructura empresarial se sustraiga del control administrativo y de la persecución penal e, incluso, incorporar dentro de su presupuesto anual los costes que pueda representar la infracción de ciertas normas, por ejemplo, a título de sanción administrativa o pena de multa.

De la definición de empresa que sirve a estas líneas, he excluido adrede las organizaciones de poder tradicionalmente caracterizadas como estructuras rígidas, en las que se destaca la disciplina jerárquica que las sostiene, tales como las fuerzas militares y de policía, bandas de maleantes, organizaciones criminales o cárteles, entre otros, de los que la doctrina se ha ocupado con mayor frecuencia. Su exclusión obedece a que no se pretende caracterizar tales instituciones, de las cuales se conocen sobradamente sus notas esenciales²⁸, sino verificar en qué medida las estructuras de imputación de responsabilidad que se aceptan para sus miembros son trasladables a las empresas. Pero claro, teniendo como modelo los

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Véase al respecto la obra monográfica de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

²⁸ Fundamentalmente, para algunos, que se caracterizan por su estructura jerárquica y disciplinada, por oposición a las empresas que se caracterizan por la división del trabajo. Cfr. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Criminalidad de empresa. Problemas de autoría y participación", en *RP*, No. 9, 2002, p. 115.

desarrollos de la doctrina anotados, se ilustran mejor las distintas propuestas de imputación.

Para concluir este aparte, debe aclararse que no debe confundirse el fenómeno que estudiamos con la llamada asociación criminal, regulada entre nosotros y desde hace ya bastante tiempo como *concierto para delinquir*, que en su formulación actual se pena con prisión de tres a seis años (incrementada en una tercera parte, por virtud de la ley 890 de 2004). Por tratarse de fenómenos distintos, en principio nada obsta para que se pueda hablar de concurso entre esta específica conducta y aquella o aquellas que se imputen con base en los problemas de autoría y participación que acá se discuten²⁹.

Por supuesto, el problema sería distinto si se tratase de delitos especiales, como por ejemplo los llamados delitos societarios o de los fraudes tributarios, que de *lege ferenda* suelen llevar aparejada la definición legal de lo que se entiende por “sociedad” y la atribución de la calidad de autor al “responsable de” o al “representante legal”, situación que a su vez trae nuevos problemas por resolver. Obviamente, la definición por una norma de lo que debe entenderse por sociedad en esos casos, elimina de un plumazo la discusión terminológica, pero no cambia –como tampoco lo hacemos nosotros– la naturaleza de las cosas³⁰.

2.4. CONCEPTO DE DIRECTIVOS Y SUBORDINADOS.

2.4.1. Concepto de directivo o empresario.

²⁹ MUÑOZ CONDE, “¿Cómo imputar...?”, ob. cit., p. 502; igualmente, “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico...” ob. cit., p. 177.

³⁰ Véase a respecto las conclusiones de FARALDO CABANA, Patricia, *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 115.

A partir de la definición de empresa que se acaba de adoptar, dos posibles contenidos puede tener la voz “empresario”. Normalmente, se entiende por “empresario” el propietario de los medios de producción o titular de la empresa, reservando la voz “administrador” a los presidentes, directores, gerentes, miembros de justas directivas o consejos de administración y demás personas que ocupan posiciones similares en la empresa, sean o no propietarios de la misma. Consecuentemente, en la doctrina se distingue entre la responsabilidad del empresario y la del directivo o administrador, sobre todo en las concepciones normativistas que entienden que la responsabilidad se deriva de una “competencia” por organización³¹, que es mayor en el caso de los directivos que de los empresarios o titulares de la empresa.

Para poder abarcar supuestos que son similares en el fondo, aunque no en la forma, y en concordancia con la noción de empresa que se ha adoptado, preferiremos utilizar la palabra “directivo” en lugar de empresario, para comprender al administrador de cualquiera de las organizaciones abarcadas bajo el rótulo de empresa, esto es, al presidente, director, gerente, miembro de junta directiva o consejo de administración, y no a quienes sólo ostentan un derecho de dominio sobre los medios de los que se sirve la estructura empresarial, pues en todo caso, en esta contribución estamos analizando la responsabilidad de una persona por los hechos ejecutados por sus subordinados y, por regla general, el titular de la empresa, por el sólo hecho de serlo, no se ubica en posición de jerarquía sobre el empleado o ejecutor, sino que se mantiene al margen del desarrollo de las actividades empresariales (o de la persona jurídica, asociación, sindicato, conforme se vio), razón por la cual tenerle como directivo derivaría en un concepto de autor artificial, extensivo y, si se quiere, chocante. Salvo, eso sí, que ese titular de la empresa desempeñe al mismo tiempo funciones directivas,

³¹ Así, GARCÍA CAVERO, ob. cit., p. 343.

caso en el cual será esa calidad la que fundamente su nominación como “empresario”.

Todo ello, creemos, permite respetar el principio de responsabilidad subjetiva y, por lo tanto, sólo quedarán incluidos como directivos los cuadros superiores con poder de decisión (presidentes, gerentes, directores, administradores, y en su caso los vicepresidentes, subgerentes o subdirectores), las juntas directivas o consejos de administración y las asambleas generales de socios o accionistas, cuando existieren y fuere del caso tenerlas en cuenta por su intervención en la toma de decisiones que afecten actividades desarrolladas por los empleados o personal subalterno al servicio de la empresa³².

Supuestos de “directivos” particularmente problemáticos y que deben ser tenidos en cuenta a la luz del derecho mercantil, sobre los cuales ahora simplemente llamamos la atención a efectos de alertar sobre las dificultades que pueden traer, son los siguientes: el administrador de hecho, el promotor de acuerdos de reestructuración y el liquidador. ¿Se aplica a todos ellos el mismo régimen? Creemos que el principio que debe orientar la hermenéutica en estos casos, debe ser el efectivo ejercicio de un poder de decisión sobre la conducta de personas subordinadas, en una estructura organizada jerárquicamente de la que se sirve para asegurarse el cumplimiento de sus designios. Así, por ejemplo, mientras el administrador de hecho sea reconocido como tal por sus subordinados, y sus actos tengan cierta relevancia jurídica –en virtud, por ejemplo, de la apariencia respetada por el ordenamiento–, creemos que nada se opone a que se equipare al gerente debidamente nombrado, a efectos de analizar la

³² Debemos insistir: somos conscientes de que desde el derecho comercial y aún desde el uso ordinario del lenguaje, el contenido que hemos dado a “empresa” no es el más adecuado para la realidad jurídica que representa; así mismo, sabemos que incluimos dentro de ella organizaciones que no persiguen lucro, pero que tienen cuadros jerarquizados y que funcionan de manera similar a las empresas.

aplicación de las estructuras de imputación de responsabilidad que acá estudiamos.

2.4.2. Concepto de subordinado.

En consonancia con lo anterior, será subordinado todo aquel obligado jurídicamente al cumplimiento y acatamiento de órdenes provenientes de jerarquías empresariales superiores. Esa subordinación deberá ser jurídica y no de hecho y podrá tener fuente en relaciones contractuales civiles o comerciales y, por supuesto, laborales. En relación con esta última forma de vinculación, es preciso anotar que es primordialmente con sujeción a las normas propias del contrato de trabajo que puede estructurarse una subordinación sujeta a precisos contornos legales, de indudable frecuencia y vigencia en el ámbito empresarial. Precisamente de disposiciones del derecho del trabajo, surge la subordinación con meridiana claridad. Piénsese, por ejemplo, en preceptos como los siguientes:

- a) Artículo 5 del CST: define el trabajo como “actividad humana libre, ya sea material, intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al *servicio de otra*, y cualquiera sea su finalidad” (resalto);
- b) Artículo 22 del mismo Código: define el contrato de trabajo como “aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, *bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda* y mediante remuneración” (resalto intencional);
- c) El artículo 23 del CST, que señala como elemento esencial del contrato de trabajo la subordinación, que faculta al empleador para exigirle al

trabajador “el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos”.

Además de lo anterior, debe advertirse sobre modernas formas de contratación, que apenas en su forma difieren del contrato de trabajo y que vienen imponiéndose bajo la apariencia de contratos de prestación o arrendamiento de servicios, o de afiliación a asociaciones cooperativas o mutuales, entre otras, en virtud de las cuales una persona se ve obligada a prestar a otra su fuerza de trabajo en forma igualmente subordinada y exclusiva, aún sin la contraprestaciones y garantías que establece el régimen laboral. Más allá de las consideraciones sobre igualdad y equidad en el trato que sería preciso hacer desde el derecho laboral, es necesario reconocer que en todas ellas hay una dependencia idéntica a la que produce el contrato de trabajo y, por lo tanto, para los efectos de este estudio, mientras esa relación material subsista, dará igual si el instrumento que ejecuta una orden del superior es formalmente un empleado con contrato de trabajo, o un asociado de una mutual o de una cooperativa, o simplemente un contratista civil o comercial.

Ahora bien, sea cual fuere la estructura bajo la cual se formalice la subordinación, ésta –fuente de donde surge el sometimiento a la organización, y de la cual se nutre la confianza del hombre de detrás en el funcionamiento del aparato– debe haber sido aceptada en forma libre por el instrumento. No podremos admitir que para el supuesto que estudiamos, la subordinación sea un simple sometimiento de hecho, pues en tales casos nos encontraremos frente a casos tradicionales de dominio de la voluntad por coacción, o a causales de inculpabilidad en el instrumento, por ejemplo, por error. Normalmente, entonces, se hablará de subordinados, trabajadores, subalternos o inferiores jerárquicos como voces equivalentes. Por supuesto, podrá objetarse a esta posición que no puede equipararse una estructura legal y regida por el derecho, a una

organización criminal en la que, por esencia, ni contrato laboral ni ninguna otra fuente formal de subordinación se presenta debido, precisamente a que se trata de una estructura de hecho. Pero a esta crítica es fácil salirle al paso si se tiene en cuenta que no se trata de identificar dos estructuras diferentes para darle un mismo tratamiento, sino de encontrar qué es lo definitivo de una solución determinada, para saber si se puede aplicar o no a un supuesto de hecho dado. Y en este caso, lo definitivo no es el armazón formal que da origen a la relación dependiente, sino la dependencia misma con conciencia de obligatoriedad.

2.4.3. Exclusión

Dentro de la definición de empresa que hemos dado, parece imposible incluir las jerarquías militares y de policía, y las organizaciones criminales. Si ello es así, debe excluirse también del concepto de subordinado el miembro de los escalones inferiores de la jerarquía militar.

Sin embargo, la exclusión de esos grupos y de sus miembros de lo que entendemos por empresa y por directivos, no se debe a que se trate de panoramas sustancialmente distintos. Toda definición tiene limitaciones, y en este caso ellas vienen dadas porque las normas que rigen a los militares no son de la misma entidad que las que rigen las relaciones laborales que hemos mencionado³³ y porque la naturaleza misma de las estructuras a las que pertenecen se funda en una característica de su esencia: la rigidez jerárquica y organizada verticalmente.

En cuanto a las organizaciones criminales y algunas bandas delincuenciales que también se excluyen de la definición de empresa, la razón es tanto más compleja como distinta. En tales casos, la superioridad jerárquica sobre los subordinados tiene origen en fuentes de hecho de muy distinta jaez, que

corresponde en cada caso analizar por separado. Así, por ejemplo, en la vinculación de sicarios para un cártel delincriminal, no estamos propiamente ante una actividad libre similar a una relación laboral a la que un sujeto pueda renunciar fácilmente si quisiera, pero tampoco estamos ante un reclutamiento forzado en el que falte la voluntad del sujeto.

3. EL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR: PROPUESTAS DE SOLUCIÓN Y APLICACIÓN AL ÁMBITO EMPRESARIAL.

El panorama visto hasta ahora muestra la existencia de dos problemas con relevancia penal: en primer lugar, la determinación de cuál es la estructura dogmática más adecuada para juzgar al directivo o alto mando de una estructura organizada jerárquicamente, que ordena la comisión de una conducta que lesiona bienes jurídicos con relevancia penal, es decir, cómo deben solucionarse los casos de “autor detrás del autor”. Frente a esta pregunta se han desplegado todas las posibles formas de intervención en el hecho punible que a continuación se repasarán. Como señala POSADA ECHAVARRÍA, “de *lege data* resulta posible adherir a cualquiera de las tesis que delimitan la calidad de la intervención de quienes actúan a través de los aparatos organizados de poder”³⁴, lo cual obliga a examinar sin prevenciones cada una de ellas, pero siempre con la atención puesta en no traicionar el concepto de autor restrictivo que se ha adoptado. De *lege data*, el referente obligado será, además, la legislación.

El segundo problema es saber si esas soluciones que ha dado la doctrina en relación con los supuestos de organizaciones de poder estatales, militares y bandas criminales, puede trasladarse a las estructuras empresariales, para

³³ Así, la subordinación en tales casos, más que un dato a tener en cuenta, es una cuestión de orden público, de carácter constitucional y de la esencia de la vinculación militar.

³⁴ POSADA ECHAVARRÍA, Plinio, *Identificación del autor*, ob. cit., p. 39.

imputar responsabilidad penal al directivo por los hechos ordenados por él y cometidos por sus subordinados.

Veremos en primer lugar la tesis originaria de la autoría mediata (3.1.), para examinar a continuación la posibilidad de solucionar los supuestos como casos de coautoría (3.2); luego analizaremos las posibilidades de imputar a título de participación la responsabilidad por la intervención del autor detrás del autor (3.3.) y finalmente miraremos la hipótesis de la autoría accesoria (3.4.).

3.1. EL PLANTEAMIENTO INICIAL DE ROXIN: AUTORÍA MEDIATA EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

En 1963 ROXIN planteó una forma de autoría mediata distinta de aquellas fundadas en error y en coacción del instrumento³⁵. Tal forma de dominio de voluntad (como llama ROXIN a la autoría mediata), buscaba explicar los eventos en los cuales el delito se ejecuta a través de una estructura de poder, en uno de cuyos extremos se encuentra quien la domina y en el otro quien obedece y ejecuta a pies juntillas los designios de aquél. A esa forma de autoría mediata se le llamó “dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” y originalmente se diseñó para explicar la autoría de los altos mandos militares del nacionalsocialismo en los crímenes de lesa humanidad que planeaban y ordenaban, pero que nunca ejecutaban con sus propias manos. Como lo señala REYES CUARTAS, la articulación de una forma de imputación distinta para estos supuestos, obedeció a la necesidad de procurar una solución que fuese a la vez dogmáticamente correcta y político-criminalmente satisfactoria³⁶, que no dejase la idea en el aire de que aquellos personajes eran apenas partícipes de una

³⁵ Revista *Goltdammer's Archiv*, 1963, cit. por AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 11.

³⁶ REYES CUARTAS, ob. cit. p. 142.

conducta ajena, a pesar del control que ejercieron en el holocausto judío. Particularmente, se sostenía que en los casos que sirvieron de inspiración a la teoría, no parecía *satisfactorio* que las personas que habían decidido “el si, el cómo y el cuándo” de las ejecuciones de judíos en los campos de concentración nazi, fuesen tratados apenas como partícipes.

Posteriormente, la teoría fue aplicada por el Tribunal Supremo Alemán (BGH) para juzgar a los altos mandos de la Alemania Oriental en relación con las ejecuciones llevadas a cabo por los soldados encargados de la vigilancia del muro de Berlín, quienes tenían la orden de disparar y matar a quien intentase la huida atravesando el muro. Otros tribunales han echado mano de esta construcción, como en el juzgamiento de la cúpula de la dictadura argentina³⁷.

Desde entonces se ha discutido la naturaleza y aplicabilidad de la institución de los llamados “aparatos organizados de poder” como estructuras ontológico-normativas a partir de las cuales crear nuevas fórmulas de imputación de responsabilidad penal. El planteamiento inicial poco a poco emergió del marco en el cual fue formulado inicialmente y a pesar de las críticas que se han dirigido a una tal forma de autoría³⁸, poco a poco buena parte de la discusión de la doctrina ha girado en torno de nuevos alcances de la teoría. Uno de sus últimos desarrollos tiene por núcleo la posibilidad de aplicar la misma estructura a organizaciones empresariales y, por lo tanto, de imputar responsabilidad penal a los órganos de dirección y administración de la persona jurídica por los delitos comunes ejecutados por sus subordinados.

³⁷ Cfr. AMBOS, Kai y GRAMMER, Cristoph, “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann” en *DPC*, Universidad Externado de Colombia, Vol. XXVI, No. 77, 2005, p. 103 y ss.

³⁸ Por todos, véase APONTE CARDONA, Alejandro David, “¿Superación del pasado a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del derecho penal en situaciones de transición

El hecho de que la cantidad de supuestos a los que esta teoría se pudiere aplicar haya ido en aumento, se explica en buena medida por lo seductor que resulta para buena parte de la doctrina trasladar la misma forma de imputación a organizaciones distintas de aquellas para las cuales fue pensada. En el seno de estas “nuevas” organizaciones, ocurren casos que, como señala FRISCH, ocupan hoy buena parte de la discusión dogmática gracias a una serie de “sucesos espectaculares”: “accidentes en grandes instalaciones químicas que provocan importantes efectos ambientales, pasando por los trágicos accidentes aéreos, navales y ferroviarios, hasta llegar a los casos de productos defectuosos y de infracciones a la legislación sobre comercio exterior”³⁹. Este escrito pretende explorar el panorama de la autoría y la participación en el derecho penal colombiano, para luego intentar explicar en qué finca la posibilidad de realizar ese traslado.

Puede decirse que ROXIN, al plantear la autoría mediata como forma de imputar responsabilidad al autor detrás del autor, abrió una caja de Pandora de la que salieron toda clase de posibles respuestas al fenómeno estudiado. Desde 1963 se han suscitado toda suerte de teorías que buscan una mejor explicación para el mismo supuesto, que satisfaga mejor las exigencias dogmáticas en lo que se consideran vacíos o puntos oscuros de la formulación, pasando desde la impunidad hasta las diversas formas de autoría. Sin embargo, debe advertirse que aunque casi la totalidad de los defensores de la teoría del dominio del hecho admiten la autoría mediata (dominio del hecho por dominio de la voluntad), no todos ellos aceptan que ésta sea la imputación adecuada para los casos de autor detrás del autor.

jurídico-política”, en *Estudios penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha*, Pontificia Universidad Javeriana y Legis, 2005, pp. 35 y ss.

³⁹ FRISCH, Wolfgang, “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 del trabajo”, en MIR PUIG, Santiago y LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 99.

3.1.1. Descripción.

Como se sabe, ROXIN desarrolló una teoría en virtud de la cual a quienes no habían intervenido directamente en la ejecución de crímenes al amparo del régimen nazi, pero dominaban su realización sirviéndose de un *aparato de poder organizado*, debía imputárseles la realización de la conducta a título de autores mediatos. Para ello, exigía ROXIN tres elementos: 1) el dominio de la organización por parte del sujeto de detrás, 2) la sustituibilidad de los ejecutores que permite confiar en que si un individuo no ejecuta la orden otro lo hará, y 3) la desvinculación del Derecho que debe caracterizar al aparato de poder⁴⁰.

Esta fórmula constituyó una especie *sui generis* de autoría mediata, pues se fundó en un supuesto distinto de los ya conocidos de error y coacción en el instrumento (que por regla genera dan lugar a su irresponsabilidad). Como supuesto extraño a las dos formas conocidas, el dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder no prescinde de la responsabilidad penal del ejecutor del hecho, a quien se le imputa responsabilidad penal como autor directo o inmediato. Concurren en esta *nueva* formulación, entonces, dos responsables penales con respecto a un mismo hecho: un autor directo o ejecutor y un autor mediato (o autor detrás del autor).

ROXIN descarta de plano que este supuesto pueda solucionarse a través de las ya conocidas figuras del dominio de voluntad por coacción y por error. Según él, la documentación de los procesos de Nüremberg demuestra “que no se encontraba ‘ni un solo caso’ en que alguien ‘hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar’”⁴¹, lo cual descarta que en tales casos (arquetipo del supuesto de hecho que dio lugar a su teoría) haya habido coacción alguna. Le parece, además, que por lo general el autor directo podrá “en todo caso acallar la

⁴⁰ ROXIN, *Autoría*, ob. cit, §24.

voz de su conciencia con la idea de la superior responsabilidad de quien le da las órdenes”⁴². Para ROXIN, pues, “no falta ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero esas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como una persona individual y libre, sino como figura anónima y sustituible”⁴³.

Pese a la autoridad de ROXIN, creemos que no puede descartarse *a priori* el supuesto de autoría mediata por coacción en hipótesis como la que sirve de base a su teoría, mucho menos si se analiza con cuidado el argumento que explica su conclusión. En efecto, el hecho de que no haya habido un solo fusilamiento bien podría demostrar exactamente lo contrario, esto es, que la coacción funcionaba a la perfección, tan coordinada y pulcramente, que los mandos medios y soldados acataban las órdenes sin asomo de duda o discusión. Incluso, esa misma argumentación permite pensar en que efectivamente el ejecutor domina el hecho, pero será en ese caso un dominio o determinación apenas “objetiva” en el sentido en que la entienden LUZÓN y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que no por ello da lugar a responsabilidad penal, pues ese dominio así llamado *objetivo*, estaría aparejado además de inculpabilidad o de culpabilidad reducida.

ROXIN, por supuesto, no es el único autor que cree en la autoría mediata como fórmula dogmática para atribuir responsabilidad al hombre de detrás. Destacamos entre quienes comparten su tesis a AMBOS, quien fundamenta el dominio que detenta el hombre de detrás en el aprovechamiento de la disposición incondicional del ejecutor a realizar el tipo⁴⁴, sin que importe la decisión individual

⁴¹ Ibid, §24 p. 271.

⁴² Ibid, p. 271.

⁴³ Ibid, p. 273.

⁴⁴ AMBOS, *Dominio del hecho*, ob. cit., p. 12.

de ese ejecutor⁴⁵. Para AMBOS, la figura del dominio por organización es imprescindible para fundamentar la autoría mediata que plantea ROXIN, ya que desde su perspectiva la acción del ejecutor no es lo decisivo para que haya responsabilidad en el hombre de detrás. Sin embargo, veremos que AMBOS se separa en un punto de la propuesta de ROXIN.

3.1.2. Elementos que componen la autoría mediata por dominio de la organización.

Ya se ha anunciado que en la definición inicial de ROXIN, la autoría mediata en los casos de autor detrás del autor hay tres elementos básicos, a saber:

a. *Dominio de la organización.* Implica, en primer lugar, la existencia de una estructura de poder jerárquicamente organizada. En el planteamiento de ROXIN, esa estructura debe ser o estatal o paraestatal, o una banda criminal. En segundo lugar, exige que el *hombre de detrás* ocupe una posición en los escalones superiores de la jerarquía, y que haya varios posibles ejecutores en el nivel inferior de ella, ya que debe haber un poder de mando y disposición, esto es, facultad para tomar decisiones que se ejecutarán por los miembros del último peldaño del escalafón. Desde la perspectiva de los subordinados esa posición de superioridad debe manifestarse en el reconocimiento, por parte de ellos, de una autoridad frente a la cual se está dispuesto a acatar sus designios, en forma autónoma y sin coacción alguna. Esta estructura es lo que hace funcionar la máquina de poder “automáticamente”, pues no importa quién ejecute la orden emanada del cuadro superior, lo cierto es que siempre habrá alguien que lo haga. Ello será así siempre que el cumplimiento de las órdenes venga asegurado por la propia dinámica de la organización⁴⁶.

⁴⁵ A nuestro juicio, ese “aprovechamiento” refuerza la tesis de la coautoría, como veremos más adelante.

⁴⁶ MEINI MENDEZ, ob. cit. p. 170.

b. *Fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores*⁴⁷. Derivado del anterior, este requisito constituye uno de los pilares sobre los que se edifica la propuesta de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Consiste en la posibilidad de reemplazar a quien haya sido designado como ejecutor, en caso de que se negare a hacerlo. Es uno de los puntos más criticados de esta formulación, según la cual el hombre de detrás tiene el dominio de la organización en tanto y en cuanto haya alguien que ejecute los hechos que han sido planeados y ordenados. Pero este requisito no sólo es de difícil cumplimiento –lo cual haría que la teoría se haga inaplicable– sino además artificial; por ello, nada aportaría a la construcción⁴⁸. Sin embargo, suele reconocerse en la fungibilidad el núcleo central de la teoría de ROXIN.

En realidad, hay que estudiar con detenimiento si efectivamente existe en cada caso concreto la posibilidad de sustituir al ejecutor, ya que de lo contrario no habrá maquinaria que funcione automáticamente. Esa posibilidad, para que pueda fundamentar dominio, tiene que ser parte del plan inicial del hombre de detrás, como garantía de ejecución de sus designios, pues de lo contrario la sustituibilidad pasaría a ser un dato casual en el acontecer típico.

Dos hipótesis son posibles: o bien el ejecutor es sustituible a discreción, o no lo es. HERNÁNDEZ PLASENCIA sostiene que concebir la posibilidad de que el ejecutor se niegue y sea reemplazado -lo que para algunos demuestra el funcionamiento de la máquina-, confirma que en lugar de autoría mediata, estos supuestos se

⁴⁷ MEINI prefiere la voz *sustituibilidad*, ya que entiende que el significado de la voz *fungibilidad* como “facultad de consumirse con su uso” no se adecua a lo que se quiere indicar. Cfr. *Responsabilidad penal del empresario*, ob. cit., p. 162.

⁴⁸ Ibid, p. 167. Así mismo, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, Comares, 1996, p.274 y 275.

resuelven como casos de inducción⁴⁹, porque si es así la voluntad del ejecutor no alcanza a ser doblegada.

Ahora, si el sujeto de delante no puede ser reemplazado, lo que tiene lugar es un verdadero co-dominio del hecho, pues el plan se desbarataría sin el concurso del ejecutor. Y ese co-dominio sería en todo caso más cercano a la figura de la coautoría que a la autoría mediata, incluso asumida en los mismos términos en los que ROXIN formula el dominio funcional del hecho. Con mayor razón, así será en las estructuras en que el número de personas sea reducido o la calificación necesaria para desempeñar sus funciones haga escasear la cantidad de candidatos a reemplazar al ejecutor que se ha negado. Incluso JAKOBS ha sostenido que la sustituibilidad sólo podría fundamentar la tesis de ROXIN, en caso de que todos los ejecutores fuesen reemplazables a la vez⁵⁰.

Finalmente, un problema que se deriva de sostener la sustituibilidad del ejecutor, tiene que ver con la imposibilidad de utilizar esta figura en los delitos imprudentes, porque si el hombre de detrás debe ser consciente de la posibilidad de reemplazar al ejecutor, ello debe ocurrir *ex ante*, con su voluntad finalmente dirigida a la realización del resultado lesivo⁵¹.

c. Desvinculación del ordenamiento jurídico. En general, el aparato de poder debe funcionar separado del ordenamiento jurídico, según el planteamiento de ROXIN. Este requisito se explica en virtud de que sólo de los miembros de estructuras separadas globalmente del Derecho, es posible esperar que no se motiven por las normas que prohíben los comportamientos lesivos. Según la argumentación de ROXIN, el Derecho tiene la esperanza de que el subordinado se niegue a ejecutar

⁴⁹ Cfr., HERNÁNDEZ PLASENCIA, ob. cit., p. 275

⁵⁰ JAKOBS, ob. cit., p. 786, nota al pie 190.

⁵¹ MEINI, ob. cit., p. 164.

la orden delictiva emanada del directivo de una entidad no desvinculada del derecho.

Como veremos, este es, *prima facie*, el gran obstáculo para trasladar la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder al ámbito empresarial. ROXIN y los partidarios de su tesis estiman que para quienes actúan dentro del derecho, una orden antijurídica puede constituir, a lo sumo, inducción. Entienden que una orden antijurídica que se cumple es apenas una manifestación de la voluntad individual, una “iniciativa particular”; se espera que el ejecutor se motive por la norma que prohíbe ejecutar actos antijurídicos. Es decir, si se obra dentro del ordenamiento –por ejemplo en una empresa– la orden acatada constituye un supuesto de autoría directa, un acto individual, ya que cuando en el seno de la empresa se ordena al subordinado una conducta punible, el ordenamiento jurídico espera que éste se niegue.

Por el contrario, si el aparato funciona por fuera del Derecho, entonces la orden sí constituye dominio, pues se reconoce implícitamente que los miembros de dicho aparato no son motivables por las leyes estatales. Lo que parece curioso, es que no se reconozca a renglón seguido, entonces, que tales sujetos no son culpables precisamente por su no motivabilidad por la ley penal.

Ahora, a la tesis de ROXIN también se le reprocha que la diferenciación entre aparatos que funcionan al amparo y aparatos que funcionan al margen del derecho, se haga luego de afirmar que en los casos del exterminio de los judíos por el nacionalsocialismo (casos Eichmann y Staschynski⁵²), había aparatos organizados de poder que pese a estar sometidos al ordenamiento vigente, se

⁵² Eichmann era un burócrata nazi encargado de numerosos asesinatos de judíos pero que con sus propias manos no había matado a nadie. Cfr. ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLÓ, Enrique, *Delincuencia organizada*, ob. cit., p. 192.

encontraban por fuera del Derecho, entendiendo por tal un orden supranacional y suprapositivo, de derecho natural y sustentado en valores “comunes a todos los pueblos”, difíciles de sostener para fundamentar responsabilidad penal⁵³.

Realmente, cabe preguntarse: ¿cómo podía suponer quien ejecutaba las órdenes de exterminio judío (los muchas veces relatadas atrocidades cometidas en los tenebrosos campos de concentración) que su conducta estaba prohibida por “el Derecho”, si la orden –que él por supuesto compartía– provenía de la autoridad instituida para regir los destinos estatales, en cumplimiento de una interpretación –unánime entre ellos– de la propia carta constitucional?⁵⁴

Según se desprende del propio ROXIN, el gran efecto de la desvinculación del orden jurídico es el aseguramiento de la capacidad de funcionamiento de la máquina, que opera por igual en los aparatos de poder estatales y en bandas de criminales o cárteles delincuenciales. Pero la explicación de todas formas nos parece insuficiente, porque no logra identificar de cuáles sean las razones por las cuales sólo los aparatos de poder desvinculados del que llamaríamos “ordenamiento jurídico natural” pueden asegurar su capacidad de funcionamiento, ni tampoco por qué a ellos se equiparan las estructuras militares estatales. Incluso, una de las formas de aparatos organizados de poder que concibe ROXIN es la que constituyen las bandas criminales secretas y grupos semejantes⁵⁵, bastando para ser una de ellas, que se establezcan como un “Estado dentro del Estado”. Por tanto, es necesario algo más que la simple finalidad delictiva de la organización para convertirse en un ente separado del derecho al que deban

⁵³ ROXIN se refiere, en efecto, a “ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados” gracias a los cuales “tenemos la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violan los derechos humanos”; cfr. ROXIN, *Autoría*, ob. cit., §24, p. 277. Resulta difícil no reconocer en ello fuerte influencia de la famosa distinción de RADBRUCH entre derecho legal injusto y derecho suprallegal justo. Sobre ello, RADBRUCH, *Relativismo y Derecho*, Santafé de Bogotá, Temis, 1999, p. 25 y ss.

⁵⁴ Cfr. APONTE CARDONA, ob. cit., p.35 y ss.

⁵⁵ ROXIN, *Autoría*, ob. cit., §24,p. 278.

aplicarse reglas de imputación diferentes a las que se aplicarían por ejemplo, a una estructura de poder orientada a fines lícitos que fuese utilizada en casos concretos o habitualmente para la comisión de delitos. Aunque también es posible que ROXIN entienda por “poder” solamente “poder ilegítimo”, pero ello constituiría un problema terminológico insalvable.

Nos parece entonces que el presupuesto del que parte la distinción queda desnudado ante la evidencia de que el supuesto de hecho para el cual fue creada la teoría, realmente no existe⁵⁶: o bien no hay una sola organización que pueda decirse totalmente desvinculada del derecho, o bien todas en cierta forma lo son.

Adicionalmente, bases criminológicas serias, permiten concluir que tampoco le asiste razón a ROXIN cuando señala que la desvinculación del ordenamiento jurídico es una característica necesaria de los grupos de crimen organizado. Creemos que ello no es cierto y que, por lo tanto, la mitad de su tesis se viene abajo. En efecto, MEDINA ARIZA sostiene que “hay una serie de elementos que se repiten en las visiones criminológicas del crimen organizado”⁵⁷, entre los cuales destaca el componente económico, según el cual el crimen organizado se presenta como un negocio. Por su parte, MALTZ⁵⁸ sostiene que es característico de los grupos de crimen organizado participar en numerosos negocios y en empresas comerciales legítimas. Y KENNEY y FINCKENAUER creen que la organización criminal existe para obtener beneficios procedentes del comercio con bienes y servicios lícitos e ilícitos⁵⁹. ¿Puede entonces decirse que un aparato de poder está desvinculado del ordenamiento jurídico sólo porque no se motiva por las leyes penales, mientras que participa de la vida económica como cualquier otro

⁵⁶ En contra, DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización”, en FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLÓ (Eds.), ob cit., p. 105.

⁵⁷ MEDINA ARIZA, Juan J., “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado” en FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLÓ (Eds.), ob cit., p. 112.

⁵⁸ MALTZ, Michael, *Defining organized crime*, citado por MEDINA ARIZA, ob cit., p. 111.

actor del tráfico jurídico? ¿Se escinde su personalidad, para decir que una parte suya reconoce el ordenamiento y juega conforme a él, mientras que otra faceta lo desconoce y rechaza?

La capacidad corruptora de las organizaciones criminales hace que se envuelvan dentro del ordenamiento –no necesariamente con fines lícitos– al desarrollar vínculos con estructuras políticas y administrativas⁶⁰. Así lo reconoce ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁶¹, quien se apoya en BOTTKE y GARCÍA RIVAS, y pone de presente, como ejemplo, la actividad empresarial de organizaciones como ETA y el paso de la mafia empresarial a las empresas mafiosas en Italia, lo que condujo “a una comunicación entre asociaciones criminales y empresa con la inserción de capital ‘negro’ en las empresas y grupos económicos (consorcios de empresas), difícilmente desenmarañable”⁶².

Por supuesto, ello no quiere decir que *necesariamente* los aparatos organizados de poder tengan una estructura y objeto lícitos sino que, todo lo contrario, no necesariamente se trata de organizaciones exclusivamente ilícitas y “absolutamente separadas del derecho”. Sociológicamente es imposible realizar tal aislamiento de la estructura de poder. Tampoco quiere significarse que todo aparato organizado de poder haya incorporado actividades económicas lícitas o con apariencia de tales o que esa incorporación haga de ellas asociaciones lícitas, sino que se trata de una característica frecuente, razón por la cual no creemos posible, en suma, predicar total desvinculación del derecho de dichas organizaciones.

⁵⁹ Citados por MEDINA ARIZA, ob. cit., p. 111.

⁶⁰ MEDINA ARIZA, ob. cit., p. 126.

⁶¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Criminalidad de empresa”, ob. cit., p. 200

⁶² Ibid, p. 203.

Así, parece que no siempre hay desvinculación del derecho por parte de los llamados aparatos organizados de poder, o que tal desvinculación no es total ni puede utilizarse como elemento esencial, como lo hace ROXIN, de la no motivabilidad penal de sus integrantes. Así parece reconocerlo el propio AMBOS, cuando afirma que la “*desvinculación del Derecho* de estos aparatos no tiene por qué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por lo tanto, resulta prescindible en cuanto elemento estructural del dominio por organización”⁶³.

Todo lo anterior permite poner en duda, razonablemente, que la desvinculación del ordenamiento jurídico sea realmente un requisito *sine qua non* para entender que la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder sólo es aplicable a organizaciones criminales separadas del derecho, pues un requisito tal haría de esta figura una mera entelequia dogmática sin aplicación en la realidad. Como se dijo, si bien la inhibición por parte de los subordinados para ejecutar órdenes delictivas puede esperarse de las personas regidas por un determinado ordenamiento jurídico, entender que al actuar por fuera de éste se elimina la inhibición, parece indicar, por el contrario, que la responsabilidad penal no existirá porque se ha actuado en causal de inculpabilidad.

3.1.3. Crítica.

Además de que dos de los requisitos exigidos por ROXIN y sus seguidores para que haya dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder parecen ceder ante la arremetida de sus críticos, otras críticas se formulan a esa teoría.

⁶³ AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad*, ob. cit., p. 57.

Es cuestionable la idea de que existan dos personas penalmente responsables por un mismo hecho, sin que sean coautores ni autores accesorios. La plena responsabilidad del hombre de detrás en adición a la plena responsabilidad del ejecutor es un esquema que puede presentar inconvenientes, porque se opone tanto a la realidad que pretende explicar –en la que quien realmente dirige y domina es el hombre de detrás– como al contexto histórico que enmarcaba los sucesos que se intentaba explicar así –contexto en el que *el derecho* vigente autorizaba plenamente el proceder del ejecutor y, lo que es más, lo sancionaba en caso de rebelarse–. Por ello, se le critica que a partir de ella pueda afirmarse que en el régimen nazi el ejecutor dominaba por sí mismo todo el acontecer delictual, con prescindencia de una estructura que todos saben se caracterizaba por la dependencia de la voluntad del *Führer*. Y es dudoso, también, que pueda afirmarse que el hombre de detrás dominaba –también por sí mismo– todo el acontecer delictual, aunque no ejecutara de propia mano ninguna de las acciones.

Incluso desde la prohibición de regreso es difícil sostener que pueda imputarse responsabilidad al hombre de detrás, cuando se ha encontrado plena y exclusiva responsabilidad en el ejecutor que, según esta teoría, actúa libre y voluntariamente.

Creemos que sólo es posible imputar las dos responsabilidades independientemente, si haciendo una difícil abstracción, se separan los planos: la única posibilidad de hablar de autoría mediata es prescindiendo del plano del ejecutor; y la única posibilidad de hablar de autoría directa de éste, es prescindiendo del plano del hombre de detrás. Pero resulta que el hombre de detrás no puede no contar con el ejecutor, ni éste ejecuta actos que no han sido previamente ordenados por aquél. Luego, la separación lógica que es preciso realizar para llegar al resultado de ROXIN, es ontológicamente imposible.

3.1.4. ¿Es trasladable esta estructura a las empresas?

Ahora, entendidas las empresas como se propuso en el num. 2.3., debemos preguntarnos si la propuesta de ROXIN es trasladable al ámbito empresarial, para imputarle al directivo responsabilidad penal por ordenar hechos que ejecutan finalmente sus subordinados.

Para responder, es preciso definir primero si se acepta o no la estructura tal como la plantea ROXIN. Si se considera que la tesis de la autoría mediata en su formulación original es correcta, inmediatamente habrá que reconocer que es imposible preguntarse sobre la trasladabilidad de semejante construcción al ámbito de las empresas ya que son precisamente los requisitos que exige ROXIN para que la autoría mediata funcione en los aparatos organizados de poder, los que impedirían que pueda trasladarse al ámbito de la delincuencia *en la* empresa. Es decir: o se acepta la tesis de la autoría mediata y con ello la posibilidad de trasladar a las empresas es imposible, o no se acepta, y entonces lo que se trasladaría a las empresas sería una estructura similar, pero flexibilizados sus requisitos⁶⁴. Veamos:

a) Como señala MEINI y hemos resaltado ya, la sustituibilidad del ejecutor a voluntad, no aporta realmente nada a la construcción de la autoría mediata⁶⁵. Como se indicara líneas atrás, JAKOBS, cree que a menos que sean sustituibles todos los ejecutores a la vez, la llamada fungibilidad del hombre de delante es un factor diferenciador bastante difícil de sostener⁶⁶.

⁶⁴ Como dijimos, ello será posible gracias a que no todos los defensores de la teoría del dominio de hecho aceptan la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, sino que la matizan o modulan, renunciando a algunos de los requisitos exigidos por ROXIN.

⁶⁵ Cfr. MEINI, ob. cit., p. 193.

⁶⁶ JAKOBS, ob. cit., p. 783, nota al pie 190.

Sin embargo, quienes sostienen la tesis de la autoría mediata, afirman que la sustituibilidad no es absoluta, sino que debe medirse dentro del marco de posibilidades de la respectiva organización⁶⁷. Pero entonces nos parece que así no es posible construir una regla general, máxime si se trata de organizaciones en las que la complejidad de la obra que debe ser ejecutada o el carácter secreto que debe representar de por sí la acción criminal, impiden vincular posibles ejecutores cada vez que el que se suponía lo iba a hacer, se negare.

Con todo, creemos que de ser la sustituibilidad un requisito *sine qua non* de la autoría mediata así entendida, sería más fácil de lograr y de demostrar en la empresa que en las estructuras de poder imaginadas por ROXIN. Para el empresario es más fácil disponer de obreros que para el mando militar de soldados. El carácter –por regla general– lícito de la empresa y de las formas de vinculación a ellas, hacen que de hecho sea mucho más fácil reemplazar al ejecutor renuente en las empresas que en los aparatos de poder para los que ROXIN pensó su teoría⁶⁸.

b) En segundo lugar, si se comparte que no es necesario que se trate de una organización desvinculada del derecho, y supuesto que el “dominio de la organización” implica subordinación de algunos miembros a los hombres de escritorio, parece posible entender que es una “organización” tanto la que se forma de hecho entre maleantes, con la finalidad de cometer hechos delictivos como aquella que, en principio, realiza sólo acciones lícitas y que opera dentro de un escenario de legalidad.

⁶⁷ Así, HEFFENDEL, quien sostiene que fungibilidad “significa en un primer paso sólo que se tiene a disposición una reserva de hombres intercambiables como ejecutores”. Cfr. HEFFENDEL, Roland, “El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica”, en *DPC*, Vol. XXV, No. 75, p. 47.

Las estructuras empresariales, en efecto, suponen la sumatoria de esfuerzos humanos organizados en forma dependiente y jerarquizada, lo cual se logra a través de un cierto reclutamiento voluntario, en virtud del cual los individuos entregan su fuerza de trabajo a cambio de un beneficio que normalmente es el salario. Algo similar ocurre en los sindicatos (en el que los individuos actúan conforme a ciertas directivas emanadas de los cuadros elegidos para organizar la actividad sindical), cooperativas, asociaciones mutuales y demás, siempre que en ellas haya jerarquías verticales de mando. Para efectos de la influencia que ejerce la orden superior, poco importa que la finalidad para la que se ha constituido la empresa y la motivación del subordinado para ingresar a ella.

c) Finalmente, la existencia de dominio efectivo del directivo sobre la empresa, parece no tener discusión. El directivo empresarial, sea administrador, director, gerente, presidente o miembro de junta directiva, efectivamente ejerce poder de mando sobre las estructuras de poder a su disposición. Aunque se trata de un poder limitado por la ley y los estatutos, el directivo entendido como se hizo líneas atrás, dispone el si y el cómo de las actividades en la correspondiente organización y tiene capacidad de mandar sobre sus subordinados.

En suma, conforme se vio, creemos que la posibilidad de trasladar al ámbito de la actividad empresarial la estructura ideada por ROXIN es no condicionando tal estructura a que sea desvinculada del ordenamiento jurídico, pero ello supone negar uno de sus requisitos esenciales o adoptar una versión matizada de la misma.

3.2. RESPUESTA DE JAKOBS: LA COAUTORÍA

⁶⁸ En contra, algunos creen que en las empresas no resulta más fácil reemplazar al ejecutor; así, MUÑOZ CONDE, Francisco, “¿Cómo imputar responsabilidad...?”, ob. cit., p. 222; también PÉREZ CEPEDA, ob. cit., p. 115.

Por haber sido la tesis de ROXIN la primera en discutir el tema del autor detrás del autor por fuera de los cánones aceptados, todos los demás que se han ocupado del tema tienen como marco de referencia la estructura de la autoría mediata. Quienes se oponen a ella se han fundamentado en el principio de responsabilidad, según el cual quien es instrumento, por ese sólo hecho está llamado a ser penalmente irresponsable⁶⁹.

A partir de este principio JAKOBS formula una alternativa que prescinde de la caracterización del ejecutor como instrumento pero no de su responsabilidad⁷⁰. JAKOBS, así, en nuestro sentir se desprende de las ventajas de asumir un concepto restrictivo de autor en el sentido que lo hemos entendido –según el cual sólo es autor aquél que determina objetiva y positivamente el hecho–, pero realiza un planteamiento que conduce a una solución que consideramos dogmáticamente más coherente con sus propios puntos de partida e, incluso, con la misma teoría del dominio del hecho formulada por ROXIN. Concretamente, el profesor de Bonn estima que el supuesto que nos ocupa se resuelve imputando responsabilidad al hombre de detrás y al ejecutor a título de coautores.

Con base en estos planteamientos, pareciera desprenderse de los planteamientos de JAKOBS, que salvo los casos de autoría mediata por error y coacción, no existe un dominio superior al ejecutor que tenga entidad propia. Por el contrario, cree que quienes ordenan y quienes ejecutan tienen un rango similar y equiparable respecto del hecho ejecutado. Por supuesto, ese rango similar no está dado por la organización extrapenal a la que pertenecen –el aparato de poder, en el que ciertamente y por definición hay una jerarquía establecida–, sino

⁶⁹ Cfr. AMBOS, *Dominio del hecho*, ob. cit., p. 26 y ss.

⁷⁰ Ello, por cuanto JAKOBS cree que el ejecutor es coautor. Cfr. JAKOBS, ob. cit., p. 784.

por la conciencia de todos los intervinientes de que un determinado hecho debe llevarse a cabo siguiendo instrucciones comunes⁷¹.

Y es que JAKOBS rechaza la idea de una autoría mediata construida sobre la triple base de dominio de la organización, sustituibilidad y desvinculación del derecho. Para él, no puede hablarse de intercambiabilidad de los ejecutores, salvo que éstos sean intercambiables “todos a la vez”⁷², lo cual no ocurrirá nunca: las organizaciones son limitadas en sujetos, sobre todo si se trata de organizaciones criminales, en las que el reclutamiento no se da todos los días y el desempeño de funciones y de roles dentro de la organización exige entrenamiento preciso, razón por la cual al directivo le será difícil contar siempre y en cualquier momento con personal subalterno debidamente entrenado, dispuesto a ejecutar sus órdenes.

JAKOBS cuestiona las diversas fundamentaciones de la autoría mediata, y resalta, además de la no intercambiabilidad de *todos* los posibles ejecutores, la imposibilidad de determinar en qué nivel de la jerarquía debe estar el llamado autor de escritorio. Para ello, se sirve del ejemplo paradigmático del nacionalsocialismo, preguntándose si sólo el *Führer* estaba en capacidad de dominar el aparato, o sí además de él podrían hacerlo algunos oficiales subalternos; y, en todo caso, se cuestiona por la probabilidad de que la decisión de los subalternos hubiere podido contrariar la voluntad de *Führer*, razón por la cual le parece que a la tesis de la autoría mediata aún le queda por resolver “*quién* entre la cúspide y el ejecutor, ha de ser autor mediato”⁷³. Concluye JAKOBS que la coautoría planteada como él lo hace no representa problemas y en caso de

⁷¹ Ambos, *Dominio del hecho*, ob, cit., 27.

⁷² JAKOBS, ob. cit., p. 783.

⁷³ Ibid, p. 783, nota al pie 190.

presentarlos, se resuelven imputando responsabilidad al hombre de detrás a título de inductor⁷⁴.

3.2.1. Los requisitos de la coautoría.

Desde la teoría del dominio funcional del hecho, se exigen varios requisitos para que haya coautoría:

a) En primer lugar, es preciso un *plan o acuerdo común*. Para muchos, basta un dolo común. Ese acuerdo permite que cada coautor responda no sólo por lo que hace él sino también por lo que hacen los otros coautores, ya que el hecho concebido en esa forma se vuelve común y superior a los aportes individuales. Se estima que el acuerdo permite respetar el principio de responsabilidad subjetiva, y por ello es requisito necesario aunque no suficiente⁷⁵. Ese acuerdo, en palabras de DURÁN SECO, permite la imputación recíproca a cada coautor de la parte del hecho global que no dominó⁷⁶.

Ahora, de *lege ferenda* creemos que el acuerdo puede darse expresa o tácitamente. Y en los modelos de aparatos de poder –incluidas las empresas– ese acuerdo tácito se da en la forma de un acto complejo, constituido por pertenecer a la organización y ejecutar la orden sin obrar en error ni bajo coacción. Para JAKOBS, veremos, el acuerdo no es necesario y basta el dolo común o la adhesión o *ajuste* al plan.

Es posible considerar que el acuerdo sí debe ser requisito para realizar la imputación recíproca de que habla DURÁN SECO, pero puede darse en forma tácita y simultánea con el hecho. El problema para esta interpretación en la ley

⁷⁴ Ibid, p. 784.

⁷⁵ LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 109.

⁷⁶ DURÁN SECO, Isabel, *La coautoría en derecho penal: aspectos esenciales*, León Universidad de León, 2002, p. 405.

colombiana, se encuentra en el texto de la norma que de entrada exige interpretaciones restrictivas. En efecto, el texto del inciso segundo del artículo 29, exige un *acuerdo común*. Y el significado literal posible de “acuerdo común” impide extender la hermenéutica a hipótesis de “dolo común” o de exige simple “comunidad de ánimo”⁷⁷, como sugiere, por ejemplo, SALAZAR MARÍN, aunque en relación con el CP de 1980.

b) En segundo lugar, *debe haber división del trabajo, en virtud de la cual cada interviniente realice un aporte al hecho*. El CP colombiano señala que son coautores los que “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte”. Como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, parece imposible saber *cuánta* importancia se requiere, para poder afirmar que alguien es coautor y no, por ejemplo, cómplice, pues éste también puede haber participado de un acuerdo común y, por definición, debe prestar un aporte al hecho⁷⁸.

c) En tercer lugar, sostiene la doctrina del dominio funcional del hecho, el aporte debe llevarse a cabo en la fase ejecutiva del *iter criminis*. Se trata de una exigencia que no trae en forma expresa el CP colombiano, pero que conviene tener en cuenta de cara a la diferenciación distinguir el aporte de un coautor del aporte de un partícipe.

Lo cierto es que el CP colombiano nada dice al respecto, y se limita a atribuir la calidad de coautores a quienes actúan con “división del trabajo criminal

⁷⁷ Esa comunidad de ánimo en la interpretación de SALAZAR MARÍN, se suma a la contribución objetiva al hecho, lo que parece un poco más flexible, y puede llegar a rayar con la llamada “coautoría impropia”. Cfr., *Autor y partícipe en el injusto penal*, Santafé de Bogotá, Temis, 1992, p. 99.

⁷⁸ Sobre estos requisitos en el derecho colombiano, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “La autoría en derecho penal: Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, ob. cit., p. 35 y ss. y HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto, *La coautoría*, en *Derecho penal y criminología*, Vol. XXV, N. 75, 2004, p. 97 y ss.

atendiendo la importancia del aporte”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ha propuesto entender “importancia del aporte” como “actuación en fase ejecutiva”⁷⁹, con la finalidad de restringir la vaguedad del artículo 29 de nuestro Código Penal, lo cual parece no sólo correcto sino un recurso casi obligado para poder distinguir los actos de coautoría de los actos de complicidad.

Ahora, teniendo en cuenta todos estos requisitos, el mismo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sostiene que la idea del dominio funcional no es adecuada para caracterizar la coautoría, porque amplía el concepto de autor más allá de la estricta realización del tipo⁸⁰, al tener como coautor a quien ha aportado al hecho – conducta propia de un partícipe– sin dominarlo.

En el planteamiento de JAKOBS, se edifica la tesis de la coautoría sobre la negación del requisito de un acuerdo expreso de voluntades entre los intervinientes, como exige el concepto tradicional⁸¹. Para JAKOBS, el acuerdo común no es un requisito inexcusable de la coautoría, y propone como criterio decisivo para estos casos, reducir el acuerdo a una mera *decisión de ajustarse* a la acción del ejecutor directo⁸², obviamente dolosa. No es necesario, entonces, que los (así llamados) coautores se conozcan entre sí, ni que aporten su contribución necesariamente en fase ejecutiva. Bastará con pertenecer a la organización como manifestación de la voluntad, para que se produzca, en términos de JAKOBS, el *ajuste* o *encaje* a la decisión de realizar el hecho. Aún más, desde esa argumentación, podría decirse que el comienzo de ejecución de la orden es manifestación inequívoca de la voluntad del ejecutor de participar en el

⁷⁹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La autoría en derecho penal: Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, ob. cit., p. 60

⁸⁰ LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Determinación objetiva y positiva*, ob. cit., p. 112.

⁸¹ Cfr. JAKOBS, ob. cit., p. 746 y ss. En contra, por todos, véase DURÁN SECO, ob. cit., p. 369 y ss.

⁸² Cfr. JAKOBS, ob. cit., p. 747. Una crítica en DURÁN SECO, ob. cit., p. 379 y ss, en especial a partir de la p. 391.

plan ideado por el hombre de detrás, es la forma de *ajustarse* al plan. Posición similar, sostienen sus discípulos LESCH y DERKSEN⁸³.

Para DURÁN SECO, no hay acuerdo en la decisión unilateral de participar en el plan de otro, y por lo tanto, no puede haber coautoría. Como ya mencionamos, aunque parece acertada la exigencia del acuerdo, creemos que el panorama del problema que tratamos hay que mirarlo desde los dos puntos de vista: el del ejecutor y el del directivo. En la tesis de JAKOBS, si bien es cierto el ejecutor voluntaria y autónomamente ha decidido plegarse a la voluntad del hombre de detrás, no es menos cierto que éste ha ideado un plan global en el que cuenta con que aquél –ese u otro ejecutor– finalmente adherirá a su plan. Hay dos voluntades en común: una de ellas aceptando que la del subordinado se una a la suya, y la de éste aceptando adherirse al designio superior. Sin embargo recuérdese que la dificultad de tal interpretación desde en el derecho colombiano, no deja de ser poco satisfactoria, teniendo en cuenta los significados posibles de la expresión “acuerdo común”, exigida por el artículo 29 del CP.

Pese a todo, el propio ROXIN ha salido al paso a esta formulación y, en defensa de su tesis, ha afirmado la imposibilidad de predicar coautoría en los casos de *autor detrás del autor*, por faltar la decisión común de realizar el hecho, requisito que, desde la teoría del dominio funcional del hecho es indispensable para hablar de coautoría. Según él,

“Primero, falta decisión de realizar conjuntamente el hecho, que es el presupuesto de la actuación en coautoría. Generalmente, en los delitos en el ámbito de los aparatos organizados de poder el que ordena y el ejecutor no se conocen. En cualquier caso, ellos no deciden nada conjuntamente ni tampoco se sienten situados al mismo nivel. El que actúa ejecuta una orden. Esto es precisamente lo contrario de una resolución conjunta. JAKOBS no lo ignora, sino que pretende desentenderse totalmente del criterio de la decisión

⁸³ Cfr. DURÁN SECO, ob. cit., p. 381, 386, 391.

de realizar conjuntamente el hecho. Pero con ello la coautoría pierde sus contornos”⁸⁴.

Y agrega ROXIN que tampoco se da una ejecución común. De acuerdo con el mismo autor, la interpretación según la cual no es necesaria ninguna decisión común de realizar conjuntamente el hecho es defendida sólo por JAKOBS y ha encontrado el rechazo del resto de la doctrina. Esto último parece no ser del todo cierto. No sólo en Alemania JESCHECK /WEIGEND⁸⁵ y MAURACH/GÖSSEL/ZIPF⁸⁶ sostienen posiciones similares, sino que además en España MUÑOZ CONDE ha sostenido una solución cercana a la de JAKOBS, fundada ya no en que es innecesario el acuerdo previo como requisito de la coautoría, sino en que – suponiendo que ese acuerdo sí existe por la mera pertenencia a la organización, lo que no es necesario es la coejecución, esto es, la participación física del hombre de detrás en el hecho, para predicar que él tiene dominio del mismo. Sostiene MUÑOZ CONDE que la coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y que la exigencia de la coejecución no es más que un rezago “de una teoría objetivo-formal que ya se ha mostrado de un modo general insuficiente incluso para explicar el concepto mismo de autoría, y lo que es más, para explicar el concepto de coautoría”⁸⁷. Concluye que la coautoría admite “formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en su ejecución”⁸⁸.

⁸⁴ ROXIN, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLÓ, Enrique, *Delincuencia organizada*, ob. cit., p. 194.

⁸⁵ Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal, Parte general* (Trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., Granada, Comares, 2002, §63, quienes sostienen “el acuerdo también puede producirse tácitamente o mediante un actuar concluyente” y que “los autores ni siquiera necesitan conocerse recíprocamente ‘en la medida en que cada uno sea consciente de que con él colaboran una o más personas y éstas poseen la misma conciencia” (p. 730).

⁸⁶ Aunque rechazan la “decisión de ajuste” o “adaptación” como forma de suplir el acuerdo común, sostienen que la llamada conexión de voluntades “puede ser expresada mediante una acción concluyente, un silencio colusivo y, en especial, mediante la omisión de comunicaciones exigidas”. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *DP PG*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 380.

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, “¿Cómo imputar...?”, ob. cit., p. 511.

Esta posición de MUÑOZ CONDE encuentra fundamento en que incluso la teoría del dominio funcional del hecho admite que sean tenidas como conductas de fase ejecutiva aquellas que no se pueden calificar como preparatorias, sino que están en *relación inmediata* con la ejecución, trasladando así el problema a saber cuando se da la inmediatez. Según explica MUÑOZ CONDE, la amplitud que se permite con la indefinición del concepto de inmediatez, permite entender que puede ser “inmediata” la actuación del hombre de detrás que no participa físicamente en la ejecución del hecho, pues de lo contrario, acudir a una consideración tan estrictamente formalista, lleva a un criterio de coautoría que dejaría por fuera conductas tan graves y tan directamente lesivas como las propias acciones ejecutivas⁸⁹.

Adicionalmente, según el propio ROXIN, cabe hacer un tercer reparo a la tesis de la coautoría. Este reproche viene dado por no diferenciar entre la estructura horizontal de ésta y la necesaria estructura vertical que se presenta en los casos de autor detrás del autor, distinción que sí se aprecia en la solución de la autoría mediata y, en la inducción, como se verá.

Otros, como FIGUEIREDO DIAS, rechazan la coautoría por considerar que “dado que no interviene en la fase de ejecución, el hombre-de-atrás nunca podrá ser considerado coautor de la infracción”⁹⁰.

Nos parece, empero, que la crítica de ROXIN no es concluyente. Creemos que desde que se habla de responsabilidad plena y directa o no accesoria de dos personas, se excluyen la autoría mediata y la inducción como formas de atribución de un hecho a un individuo y es necesario acudir a otras estructuras. Si además,

⁸⁸ Ibid, p. 510.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, “¿Cómo imputar...?”, ob. cit., p. 510.

⁹⁰ DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el ‘dominio de la organización’” ob. cit., p. 99.

dada la pertenencia a una misma organización se descarta la autoría accesoria, sólo queda una posibilidad: la coautoría. Nos parece que las propuestas de JAKOBS y MUÑOZ CONDE, en ese sentido, no hacen más que depurar los requisitos que se exigen para llegar a esa respuesta, distinguiendo los esenciales de los no esenciales. Esto adquiere relevancia en la criminalidad *en la empresa*, fundamentalmente en la adopción de acuerdos colegiados, en los que el acuerdo común, más que un simple requisito, es un dato adquirido que sirve de presupuesto al resto de la construcción⁹¹.

En suma, JAKOBS concluye que toda la ideación de ROXIN es innecesaria, porque los casos que así se solucionan, bien pueden tratarse como coautoría o, en su defecto, como inducción.

3.2.2. ¿Puede haber coautoría entre el autor mediato y el autor directo?

Parece que sólo negando la necesidad del acuerdo común o aceptando que éste se produce tácitamente por el hecho de pertenecer a la organización y aceptar ejecutar la orden, es posible hablar de coautoría. Pero, aún negando la coautoría y aceptando la tesis de la autoría mediata, si hay dos autores plenamente responsables –uno de ellos mediato, en virtud del dominio de la organización, y otro en su calidad de ejecutor directo doloso plenamente responsable–, ¿son ellos coautores? Recuérdese que una de las particularidades de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, es que no prescinde de la responsabilidad penal del instrumento. Recuérdese también que en la doctrina tradicional, habiendo dos autores plenamente responsables, o habrá coautoría o habrá autoría accesoria.

Sea que se acepte que el acuerdo común se logra por la decisión libre de participar en el hecho del hombre de detrás en comunión con el plan global que

⁹¹ Sobre ello, aspiramos a insistir en una segunda fase de la investigación.

contempla la adhesión del aquel, sea que se tenga a ambos como dominadores del hecho, cada uno desde su perspectiva⁹², lo cierto es que hay dos personas que dominan *objetivamente* el hecho. Por lo tanto, no parece descabellado pensar que nos enfrentamos a un supuesto en el que, de alguna forma, se mezclan las tres formas de autoría conocidas: autoría directa, en el ejecutor; autoría mediata en el autor de escritorio y coautoría entre ellos, porque co-dominan el suceso. Si a tal fenómeno debe llamarse coautoría sin acuerdo común, autoría mediata con instrumento responsable, o autoría accesorio, será una controversia con pocas perspectivas de solucionarse pacíficamente.

POSADA ECHAVARRÍA parece sostener que se trata de un supuesto en que ambas formas de autoría se presentan en autoría accesorio, cuando afirma que “ciertamente concurre un auténtico dominio de la voluntad por parte del agente que mueve los hilos de la organización; dominio que se ejercería sobre el indeterminado ejecutor de sus mandatos, que, no obstante, es plenamente responsable”⁹³.

Creemos también que se trata de un evento en el que se mezclan formas de autoría, pero nos parece, entonces, que deben ser tenidos como coautores quienes así intervienen en el hecho. En efecto, si el ejecutor actúa obedeciendo a un plan de la organización que conoce y acepta llevar a cabo –se trataría de un auténtico acuerdo– y lo hace con plena responsabilidad, por no concurrir en él ni error ni coacción –como sería en otros supuestos de autoría mediata–, ese plan de la organización a la que pertenece como su último eslabón, constituye el primer requisito para predicar coautoría; a él le sumamos la división de funciones que

⁹² Para nosotros, en esta idea reside buena parte de la flaqueza de la tesis de la autoría mediata: en sostener que cada uno domina el hecho, pero desde su propia perspectiva y sin tener en cuenta al otro; el ejecutor domina el hecho sin saber que es instrumento del hombre de atrás y éste domina el hecho al dominar la estructura, sin importarle quién lo ejecute.

parece evidente, y el dominio del hecho (también) por parte del hombre de detrás, directivo de la organización. Habría, entonces, coautoría entre la autoría directa y la autoría mediata.

3.2.3. ¿Es trasladable la coautoría a las empresas?

Desde los requisitos de la autoría, no parece haber ningún obstáculo para suponer que la estructura de la coautoría como respuesta al problema del autor detrás del autor es trasladable al ámbito de las empresas, para entender que son coautores de un delito el directivo que lo ordena y el subordinado que lo ejecuta. Por supuesto, ello no quiere decir que tal formulación sea correcta sino que, de plantearse, debe funcionar por igual en aparatos de poder dedicados a fines lícitos –como los descritos al definir lo que entenderíamos por empresa– como en aparatos de poder en el sentido restringido de ROXIN y sus seguidores.

Las empresas funcionan, por definición, en atención al principio de división del trabajo y con coordinación de roles en forma jerárquica⁹⁴. El trabajo por regla general se descentraliza, y la ejecución material de las órdenes se lleva a cabo por personal subordinado. Esa división del trabajo, si bien no obedece a un acuerdo de voluntades, sí obedece a la decisión del subordinado de ejecutar los actos que ordene el superior, y a la decisión del directivo de que sus órdenes sean ejecutadas: en eso, precisamente, consiste la tarea de cada uno de ellos en la empresa.

Por lo anterior, tanto la propuesta de JAKOBS según la cual en lugar de hablar de acuerdo común hay una decisión de *ajustarse*, como la de MUÑOZ CONDE, según la cual el acuerdo se produce por el simple hecho de la vinculación al

⁹³ POSADA ECHAVARRÍA, Plinio, *Identificación del autor*, ob. cit., p. 41. Casi el mismo texto, bajo el título “Una visión del ‘dominio de voluntad por organización’ y su aproximación al derecho penal colombiano”, en *NFP*, No. 62, p. 25 y ss.

⁹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 2001, p. 165.

aparato de poder, son perfectamente trasladables a la empresa. Ahora, podrá objetarse a esta formulación que la voluntad del obrero por regla general es la de ejecutar los actos del servicio para los que fue válidamente contratado y no la de ejecutar delitos. Sin embargo, si siempre cabe la posibilidad de que el hombre de delante se niegue a ejecutar el hecho, hay que reconocer que el comienzo de ejecución significa apartarse de las precisas obligaciones contractuales e incursionar por la propia voluntad –ajustarse– en los designios del llamado autor de escritorio.

3.3. LA TESIS DE LA PARTICIPACIÓN: FUNDAMENTO Y APLICACIÓN EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

No pocos autores solucionan el caso del autor detrás del autor como supuestos de participación. Algunos sostienen que se trata de complicidad –casi siempre complicidad necesaria, para los ordenamientos como el español y el argentino que equiparan punitivamente a esta especie de partícipe con el autor– y otros que se trata de inducción o determinación.

3.3.1. Inducción.

GIMBERNAT ha sostenido que quien ordena la realización de una conducta punible, sin más consideraciones, debe ser tenido como inductor; quien transmite la orden como cómplice (posiblemente necesario); y quien ejecuta la orden, como autor⁹⁵. Similares planteamientos han hecho MAURACH / GÖSSEL / ZIPF⁹⁶, HERZBERG, KÖHLER y, en España, DíEZ RIPOLLÉS⁹⁷.

⁹⁵ Cfr., GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, p. 187 a 189.

⁹⁶ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *DP PG*, ob. cit., p. 355, §48, II.E.88.

⁹⁷ DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal”, en *Revista de derecho penal y criminología*, Madrid, No. 1, 1998, p. 50. Debe anotarse que DíEZ RIPOLLÉS cree que aún es posible la coautoría.

Apoyada en consideraciones mayoritariamente de corte normativo, la tesis que podemos denominar “de la participación” sostiene que el dominio efectivo y el poder de mando del hombre de detrás es apenas “fáctico” o “naturalístico”, pero que no alcanza a configurar verdadero dominio del hecho que exige la calidad de autor. Con todo, esta tesis al decir de ROXIN, tiene la ventaja de que al describir una estructura vertical en la imputación de responsabilidad (de inductor a autor), permite identificar una característica fundamental del actuar del hombre de detrás⁹⁸.

Según ROXIN, “...es evidente, para cualquier observación imparcial que, en una organización delictiva, quien da la orden domina el suceso”⁹⁹ Por ello, añade que “quien quiera resolver acudiendo a la inducción debe darse de baja de la teoría del dominio del hecho y diferenciar autoría y participación según otros criterios”¹⁰⁰.

La inducción es, precisamente, la primera opción de imputación y quizás la más antigua en casos como el que nos ocupa. Posee la ventaja de que, ligada al concepto restrictivo de autor que hemos planteado, supone que el autor de escritorio no domina el hecho pero contribuye a él generando la voluntad delictiva en el ejecutor. Ello lo hace merecedor a una pena igual a la de éste¹⁰¹. Sin embargo, según la doctrina, la tesis de la participación deja de lado una cuestión fundamental.

En efecto, esta tesis presta poca atención a que el supuesto que analizamos supone que la labor del hombre de detrás no incluye doblegar la fidelidad al derecho de nadie. Simplemente cuenta con que en los eslabones inferiores de la

⁹⁸ ROXIN, “Problemas...”, ob. cit., p. 196.

⁹⁹ Ibid, p. 196.

¹⁰⁰ Ibid, p. 197.

¹⁰¹ CP, Art. 30, inc. 1.

cadena de mando –empresarial, estatal o paraestatal– habrá alguien dispuesto a ejecutar la orden. Realmente, el directivo, para ser directivo y tener dominio sobre el aparato, no tiene que “determinar a nadie”, aunque ello pudiera ocurrir.

Este problema puede plantearse de otra forma: mirado desde el ejecutor, pareciera que éste actúa sólo porque cumple una orden superior. Pero mirado desde la perspectiva del directivo, el supuesto que analizamos consiste precisamente en que éste no tiene que doblegar la voluntad de nadie, porque simplemente sabe que al ordenar la comisión de la conducta, esta será ejecutada, aunque no sepa por quién exactamente¹⁰². No hay una verdadera inducción, ni creación de la voluntad delictiva en el ejecutor que está dispuesto a cumplir la orden. A lo sumo, hay un aprovechamiento de esa voluntad, que no es suficiente para constituir inducción.

Vistas así las cosas, la tesis de la inducción pierde fuerza, a menos que se maticen sus requisitos, y se entienda la inducción solamente desde la perspectiva del ejecutor que actúa en cumplimiento de una orden. Pero esa será una visión parcial del problema y en tal caso sólo se podrá hablar propiamente de un inducido (o determinado en los términos del CP colombiano) y no de un inductor (o determinador). Similar posición sostiene AMBOS cuando afirma que “el soldado que hizo disparos en el muro se corresponde con el autor ya decidido a realizar el hecho cuya ‘disposición incondicional’ el hombre de atrás tan sólo ha de aprovechar para la ejecución del hecho”¹⁰³.

3.3.2. Cooperación necesaria.

Una alternativa de solución muy interesante es la de la complicidad o cooperación necesaria que existe, por ejemplo, en los derechos español y

¹⁰² Puede decirse que nada garantiza *a priori* que se llevarán a cabo sus órdenes, pero ello lo que demuestra es precisamente que hay un segundo plano a tener en cuenta, que es el del ejecutor.

¹⁰³ AMBOS, *Dominio del hecho*, ob. cit., p. 28.

argentino. Esta forma de participación se sitúa en un nivel intermedio entre la complicidad simple y la inducción o determinación, y se caracteriza por sancionar la conducta que fomenta o facilita el delito, con un acto sin el cual el hecho no se hubiese llevado a cabo, pero que no implica dominio del mismo. La gran particularidad de esta figura, es la equiparación de la pena imponible al autor de la conducta accesoria con la pena para el autor de la conducta principal.

La conducta de cooperación necesaria –o de complicidad primaria, como se denomina en Argentina¹⁰⁴– aunque es objetivamente más intensa que la de la complicidad “simple”, es primero una conducta de complicidad, es decir, de entrada se reconoce que no es una conducta de autoría y por lo tanto debe verse limitada por el principio de accesoriedad¹⁰⁵, aunque se castigue con pena igual a la del autor. Esta figura, que bien valdría la pena comparar con la famosa *coautoría impropia* tan recurrida por la jurisprudencia colombiana, tiene la *ventaja* de llenar lo que algunos consideran un vacío político-criminal, al penar actos que se consideran muy graves con la misma sanción del autor, respetando la naturaleza accesoria del aporte del partícipe.

Aunque en Colombia no existe la equiparación punitiva ni una descripción del dispositivo amplificador que permita castigar con *más* pena la contribución al hecho más determinante, de *lege ferenda* parece interesante analizar la posibilidad de considerar cooperador necesario al directivo respecto del hecho del ejecutor, o al ejecutor respecto del hecho del directivo. De cualquier forma, si consideramos que el hombre de detrás realiza una conducta sin la cual el hecho del ejecutor no se hubiera llevado a cabo, en derecho colombiano tendríamos que concluir que la sanción –si concurren los demás requisitos para imponerla– sería

¹⁰⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 112.

¹⁰⁵ Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, voz “cooperación necesaria y complicidad” en *EPB*, ob. cit., p. 311 y ss.

la correspondiente al autor, reducida de una sexta parte a la mitad, al tenor del artículo 30 del CP.

a) *El ejecutor como autor directo y el directivo como cooperador necesario.* A pesar de que puede resultar políticamente seductora la idea de una conducta de participación castigada con pena igual a la del autor debido a la importancia respecto del hecho cometido, no parece claro que la intervención del directivo sea apenas la “contribución” a un hecho ajeno. Si efectivamente basta con la orden del hombre de detrás para poner en funcionamiento el aparato de poder que descarga en el ejecutor la responsabilidad de llevar a cabo una acción que finalmente lesiona bienes jurídicos, parece que no es ni facilitación ni favorecimiento de una conducta ajena lo que realiza el directivo, sino el hecho desencadenante de todo el acontecer delictivo. Y si el ejecutor sólo actúa porque ha recibido una orden –que cumple voluntariamente y sin presiones ilegítimas que anulen su voluntad o su motivabilidad por la norma penal–, tampoco parece claro que sea apenas una colaboración lo que recibe del autor de escritorio.

b) *El directivo como autor y el ejecutor como cooperador necesario.* No menos problemas plantea esta posibilidad. Ya nos hemos referido antes a las dificultades que tiene sostener que el hombre de detrás domina por sí mismo el hecho, como quiera que en todo caso requiere de la intervención de un ejecutor –determinado o determinable– para que sus designios se lleven a cabo. Si no es posible sostener la autoría directa por el hombre de detrás, por virtud de la accesoriedad no habrá lugar a preguntarse si el ejecutor es partícipe.

3.4. LA TESIS DE LA AUTORÍA ACCESORIA.

El panorama de las alternativas a la autoría mediata para solucionar los casos de autor detrás del autor, queda completo con la autoría accesoria, que

supone la coexistencia de cursos causales autónomos, que confluyen a un mismo y único resultado, que es imputable por igual a cada uno de ellos.

Esta tesis parece poco convincente. La autoría accesoria supone dos o más cursos causales completos y paralelos que se concretan en un único resultado, que sería imputable a cada uno de quienes los han desencadenado. En el fondo, en la autoría accesoria subyace un problema de prueba, que se soluciona por vía de la dogmática del derecho sustancial: ante la imposibilidad de saber cuál de los cursos causales ha sido el determinante, si todos ellos hubiesen sido suficientes, se atribuye el dominio del hecho a cada uno de ellos, ya que el hecho de confluir los dos cursos causales en el mismo aparato de poder, excluye el “fluir paralelo” y sin vínculos que caracteriza la autoría accesoria¹⁰⁶

La anterior descripción hace inviable su aplicación a los casos de autor detrás del autor, como quiera que el problema realmente no está en saber cuál de los dos cursos causales es el determinante.

Con mayor razón la autoría accesoria es inaplicable en los casos del acontecer empresarial, en el que partimos de que el subordinado actúa voluntariamente, pero sólo en cumplimiento de la orden que ha recibido.

¹⁰⁶ ROXIN, “Problemas...”, ob. cit., p. 199.

4. BIBLIOGRAFÍA.

- AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (trad. Manuel Cancio Meliá), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- AMBOS, Kai y GRAMMER, Cristoph, “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann” en *DPC*, Universidad Externado de Colombia, Vol. XXVI, No. 77, 2005.
- APONTE CARDONA, Alejandro David, “¿Superación del pasado a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del derecho penal en situaciones de transición jurídico-política”, en *Estudios penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Legis, 2005.
- CASTILLO ALVA, José Luis, “Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización” en *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Lima, Ara Editores, 2003.
- DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, y ANARTE BORRALLA, Enrique (Eds.), *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva, 1999.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “La autoría en derecho penal: Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en *DPC*, Vol. XXV, N. 76, 2004.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *Derecho penal contemporáneo, Revista internacional*, N. 2, 2003.
- DONNA, Edgardo Alberto, “El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin” en AA.VV, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2000.
- DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- DURÁN SECO, Isabel, *La coautoría en derecho pena: aspectos esenciales*, León Universidad de León, 2002.

- FARALDO CABANA, Patricia, *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, y ANARTE BORRALLA, Enrique (Eds.), *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva, 1999.
- FRISCH, Wolfgang, “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 del trabajo”, en MIR PUIG, Santiago y LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “La imputación jurídico penal en el seno de la empresa”, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966.
- HEFFENDEL, Roland, “El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica”, en *DPC*, Vol. XXV, N. 75, 2004.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto, *La coautoría*, en *Derecho penal y criminología*, Vol. XXV, N. 75, 2004.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, Comares, 1996.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal, Parte general* (Trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., Granada, Comares, 2002.
- LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel (Coord.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Comares, 2003.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal, Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal General, Parte Especial*, PG, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, *Criminalidad de empresa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002.
- MEDINA ARIZA, Juan J., “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado” en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, y ANARTE BORRALLA, Enrique (Eds.), *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva, 1999
- MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio, “Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado”, tomado de

www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artmeini.htm [abril 13 de 2005].

- MIR PUIG, Santiago y LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, y ANARTE BORRALLA, Enrique (Eds.), *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia empresarial?" en AA.VV, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*", UNED, Madrid, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, "Problemas de autoría y participación en el Derecho pena económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutiva, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", en *Derecho penal económico*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación", en *Revista Penal*, No. 9, 2002.
- POSADA ECHAVARRÍA, Plinio, *Identificación del autor*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002; casi el mismo texto, bajo el título "Una visión del 'dominio de voluntad por organización' y su aproximación al derecho penal colombiano", en *NFP*, No. 62.
- REYES CUARTAS, José Fernando, "La autoría mediata con aparatos organizados de poder", en *DPC*, Universidad Externado de Colombia, Vol. XXV, No. 75.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- ROXIN, Claus, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLA, Enrique (Eds.), *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva, 1999.
- SALAZAR MARÍN, Mario, *Autor y partícipe en el injusto penal*, Santafé de Bogotá, Temis, 1992.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *ADPCP*, t. XLI, fascículo II, 1988.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría y participación*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2004.
- VOGEL, Joachim, “Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas” (trad. Víctor Gómez Martín), en AA.VV., *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona, Aranzadi, 2001.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal” en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLA, Enrique (Eds.), *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva, 1999.