

AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN LOS DELITOS ECONÓMICOS*

*Diego Mauricio Montoya Vacadiez***

Resumen: La criminalidad de empresa es uno de los escenarios que más desafíos plantea en el mundo del Derecho penal contemporáneo. ¿Cómo imputaremos responsabilidad penal a cada uno de los individuos, del engranaje empresarial, que está presente en un delito económico? ¿Solo debe responder el ejecutor material? ¿Deben responder los superiores jerárquicos? ¿Deben responder a título de autores? ¿Deben responder a título de partícipes? ¿Qué conceptos dogmático-penales deben emplearse para atribuir responsabilidad penal en el entorno económico-empresarial? ¿Qué conceptos deben replantearse? ¿De qué conceptos debe prescindirse?

Palabras clave: Delito económico; Criminalidad de empresa; Autoría; Omisión; Administrador; Empresa; Rol de garante.

* Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2013. Fecha de modificación: 5 diciembre de 2013. Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2013. Para citar el artículo: MONTOYA VACADIEZ, DIEGO MAURICIO. "Autoría y dominio del hecho en los delitos económicos", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, n.º 97, julio-diciembre de 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 85-112.

** Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Colombia. Especialista en Derecho médico sanitario y en Derecho penal, de la misma Universidad. Profesor titular de la Cátedra de Victimología de la Universidad del Rosario. Redactor en Derecho Penal de Legis Editores y Director de la *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*. Correo-e: diego_9985@hotmail.com.

PERPETRATORSHIP AND DOMAIN IN ECONOMIC CRIMES

Abstract: Corporate crime is one of the most challenging scenarios in the world of contemporary criminal law. Which is the path to attribute criminal responsibility to each of the individuals, which belong to a complex corporate scenario, that are present in an economic crime? Should the person who directly commits the felony be the only one who responds? Should superiors respond? Should they be considered the principal criminals? Should they be considered criminal aiders? What criminal dogmatic concepts should be used to attribute criminal responsibility in the economic and business scenario? What concepts should be rethought? What concepts should be dispensed?

Keywords: Economic crime; Corporate crime; Perpetratorship; Omission; Administrator; Company; Guarantor.

INTRODUCCIÓN

En el moderno Derecho penal económico se ha discutido sobre la diferenciación entre la *criminalidad en la empresa* y la *criminalidad de empresa*. La primera hace referencia a aquellas situaciones en las que los integrantes de la unidad de explotación económica atentan contra los intereses de esta¹. En la segunda, se trata de todos aquellos delitos económicos en los que, a través de una actuación de la empresa, se vulneran o soslayan bienes jurídicos de terceros².

La actividad empresarial se caracteriza por un alto grado de complejidad, en la que interviene un sinnúmero de individuos, cada uno con su ámbito de funcionalidad, su jerarquía y sus respectivos objetivos.

Es tan complejo este escenario, que la doctrina ahora asume una posición funcional de la autoría, en la cual el “fabricante” de alimentos adulterados no es aquel que maneja la máquina que produce el alimento, sino quien se presenta como productor en el mercado o incurre en una “falsa publicidad”; no quien consigna la información falsa en un instrumento publicitario o quien la difunde, sino el titular del negocio que ha motivado el anuncio publicitario espurio³.

1 NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA, *Responsabilidad penal en la Empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 27; ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones, Presupuestos sustantivos y procesales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 97.

2 NÚÑEZ CASTAÑO, Ob. cit., p. 26; ZUGALDÍA ESPINAR, Ob. cit., p. 97.

3 TIEDEMANN, KLAUS, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2007, pp. 31-32.

El propósito del presente escrito es centrarnos en el segundo tipo de criminalidad expuesto, concretamente en definir el grado de responsabilidad de las distintas personas que intervienen en la actividad empresarial y en el delito económico a partir de dicha actividad.

La propuesta para este estudio es la siguiente:

Empezaremos por el último eslabón de esta compleja organización, analizando la responsabilidad del ejecutor material.

En segunda instancia, analizaremos cuál debe ser el título de atribución de responsabilidad de aquellas personas que no ejecutan materialmente la conducta, pero que intervienen en sus fases previas y están en escalas jerárquicas superiores dentro de la organización empresarial. Este es un tema espinoso, toda vez que se ha planteado todo tipo de soluciones para su responsabilidad, como la autoría mediata, la coautoría y la participación.

En tercer lugar, veremos la responsabilidad de aquellos individuos que hacen aportes importantes a la comisión de la conducta punible, pero que en virtud de un desprendimiento con el ámbito funcional de la empresa habrán de ser considerados partícipes.

En cuarto lugar, analizaremos una forma muy especial de autoría mediata, a través de estructuras organizadas de poder, siendo este un tema polémico toda vez que es una extrapolación de un escenario distinto: el crimen organizado.

En quinto lugar, estudiaremos la figura del *actuar por otro*, herramienta fundamental en los casos en que las calidades exigidas por el tipo penal recaen sobre una persona jurídica, cuya responsabilidad, en el caso colombiano, está proscrita.

En sexto lugar, analizaremos la hipótesis de que en una empresa concurren dos administradores: uno de Derecho y otro de hecho.

En séptimo y último lugar, el objeto de estudio será la posición de garante del empresario, toda vez que, en los delitos de omisión impropia, esta es requisito imprescindible para su configuración y, por ende, para realizar cualquier intento de atribución de responsabilidad penal.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL EJECUTOR MATERIAL

Todo el proceso empresarial (incluido el del delito económico de empresa) se caracteriza por una interrelación entre una serie de personas, cuyo último eslabón lo configura aquel individuo (o individuos) que realizan materialmente la conducta punible.

Este es el escenario que la doctrina ha calificado como el de menor dificultad o complejidad a la hora de atribuir responsabilidad. Por tal motivo, es el primero que aquí abordamos.

Cuando tenemos a un subordinado que ejecuta un hecho delictivo, con conocimiento de su ilicitud y siguiendo la orden de un superior jerárquico, la doctrina se divide entre quienes abogan por la impunidad del ejecutor y quienes defienden que debe responder por la conducta punible⁴. SCHÜNEMANN se encuentra en el primer grupo, toda vez que considera que el entorno empresarial implica una estructura jerárquica que trae consigo un alto grado de obediencia en los escalones bajos de la pirámide⁵. También SILVA SÁNCHEZ defiende la impunidad del ejecutor, debido a factores como la irrelevancia jurídica de su conducta, su ubicación en una situación de error o por la inexigibilidad de un comportamiento distinto, en virtud de su situación laboral⁶.

Contrario a lo anterior, está la opinión de los profesores ROXIN, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, NÚÑEZ CASTAÑO y PÉREZ CEPEDA. Ellos ven a este ejecutor material, cuando es plenamente consciente de que la orden dada por el superior jerárquico es delictiva, como autor directo⁷, figura que es concebida en el Código Penal colombiano⁸. Otro sector, compuesto por los profesores JAKOBS, MAURACH, JESHECK, TERRADILLOS BASCOSO y MUÑOZ CONDE, asimismo sostiene que el ejecutor material debe responder, pero junto con los superiores jerárquicos, con quienes conforma una coautoría (figura también contemplada en la ley penal colombiana)⁹.

En la actualidad, esta última postura es de las más acogidas. Las razones de ello serán explicadas con posterioridad en este escrito. Sin embargo, se trae a colación por cuanto es preciso delinear el camino a tomar en el evento de que estemos al frente de un delito especial.

Si tenemos uno de estos delitos (piénsese, por ejemplo, en el alzamiento de bienes), con una persona jurídica que cumple con la cualificación del sujeto activo, y hay dos personas naturales involucradas: el administrador que da la orden de insolvencia y el subordinado que la ejecuta con ventas y simulaciones, ¿cuál será la responsabilidad del subordinado ejecutor material? No hay duda de que, en virtud de la figura del “actuar

4 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, *Criminalidad de empresa, La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 43.

5 *Ibidem*.

6 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (director), *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 32.

7 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Ob. cit.*, p. 45.

8 Código Penal colombiano, artículo 29: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo...”.

9 *Ibidem*: “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

por otro” (figura que explicaremos después), el primer *extraenus*, el administrador, responderá a título de autor.

En este caso, y de acuerdo con las normas del Código Penal colombiano, el segundo *extraenus*, el subordinado ejecutor material, que no es administrador, responderá a título de interviniente. Esta figura está concebida en el artículo 30 del Código Penal colombiano, y denomina así al individuo que concurre en un tipo penal, sin tener las condiciones exigidas por este, algo así como un “coautor no cualificado”.

Así pues, a modo de conclusión, podemos señalar que el ejecutor material subordinado, cuando tiene plena conciencia de la ilicitud de su conducta, podrá responder a título de (i) autor directo, si es una acción autónoma y se trata de un delito común o un delito especial y cumple con la cualificación exigida; (ii) coautor, si es en contubernio con un superior jerárquico, o incluso con otros individuos de su misma jerarquía y se trata de un delito común o un delito especial y cumple con la cualificación, o (iii) interviniente, en el escenario que haya colusión con un superior jerárquico y no cumpla con las condiciones personales que exige el respectivo tipo penal.

Sin embargo, no se puede descartar del todo la posición que aboga por la impunidad del ejecutor directo. El autor directo o inmediato no respondería en aquellos casos en los que se demuestre algún supuesto de constitución de una autoría mediata¹⁰⁻¹¹ (fuerza, error o utilización de un inimputable) o en los que su contribución no sea relevante desde el punto de vista de las reglas de la imputación objetiva¹².

2. RESPONSABILIDAD DE LAS ESCALAS JERÁRQUICAS SUPERIORES

El profesor MUÑOZ CONDE apunta que, en materia de criminalidad de empresa, el centro de gravedad de la conducta no puede imputarse exclusivamente al último eslabón de la cadena delictiva, toda vez que aquellas conductas que no son propiamente ejecutivas, pero que son de una importancia incluso mayor que estas, como son los centros de decisión, quedarían en la impunidad¹³, lo cual es inaceptable.

La empresa ha sido vista como una estructura piramidal o triangular, cuyo vértice superior está compuesto por aquellas personas que toman las decisiones, para luego pasar al nivel intermedio, donde se ubica el personal encargado de transmitir y coor-

10 Esta figura también está concebida por el Código Penal colombiano.

11 NÚÑEZ CASTAÑO, Ob. cit., p. 176.

12 Ibídem.

13 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 452.

dinar dichas órdenes, y finalizar en la base, que es donde estas se ejecutan¹⁴. De igual forma, se ha señalado que la responsabilidad en el ámbito empresarial es de carácter ascendente. Es decir, las posibilidades de exoneración de responsabilidad son menores en la medida que ascendemos en la estructura jerárquica¹⁵.

Es aquí, entonces, donde debemos analizar cuál será el título de imputación de responsabilidad de aquellas personas naturales que pertenecen al engranaje complejo de la organización empresarial, ubicadas en niveles jerárquicos superiores, que no participan de forma directa en la conducta punible, pero que hacen aportes trascendentales a esta.

Las posiciones doctrinales al respecto de la responsabilidad de las personas ubicadas en niveles jerárquicos superiores al ejecutor material están divididas así: quienes los consideran partícipes (cómplices o determinadores) y quienes los consideran autores (autores mediatos o coautores).

Empecemos analizando la primera postura. Los profesores DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, HERNÁNDEZ PLASENCIA y PÉREZ ALONSO consideran que el superior jerárquico responde a título de cooperador necesario, ya que si bien tiene un dominio negativo del hecho, no lo tiene positivamente al dejar en manos de terceros el éxito del acontecer típico¹⁶.

También ROXIN considera que son partícipes estos superiores jerárquicos, toda vez que son meros inductores que enclavan la idea criminal en quienes realizan el actuar típico, y su responsabilidad está supeditada al hecho realizado por el ejecutor material¹⁷.

Este análisis nos llevaría a aplicar, en el caso colombiano, la figura del determinador (en caso de inducir la idea) o la del cómplice (quien presta una ayuda), que son las dos modalidades de participación concebidas en nuestro Código Penal¹⁸.

Ahora bien, es mayoritaria, sin duda, la posición que sostiene que los superiores jerárquicos habrán de responder como autores. A continuación, entonces, procederemos a explicar: (i) la autoría mediata y (ii) la coautoría en el marco de los delitos económicos, en concreto cuando está presente el actuar del superior jerárquico.

La figura de la autoría mediata, como ya se explicó, está concebida en el artículo 29 del Código Penal, el cual señala que es autor quien utiliza a otro como instrumento.

14 ZULGADÍA ESPINAR, Ob. cit., p. 98.

15 *Ibidem*.

16 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Ob. cit., p. 52.

17 *Ibidem*.

18 Artículo 30.

Sobre la instrumentalización del “hombre de adelante”, la doctrina es coincidente en señalar tres hipótesis¹⁹:

- Un error en la apreciación del autor inmediato.
- El autor inmediato actúa bajo coacción.
- El autor inmediato es un inimputable.

Los profesores colombianos CASTRO CUENCA y RAMÍREZ BARBOSA señalan que en el ámbito de los delitos económicos no es rara la utilización de personas que obran de manera imprudente, por parte de un “hombre de atrás” que actúa dolosamente, lo que da a una auténtica autoría mediata, toda vez que la mayoría de los delitos económicos son de carácter doloso, por lo que el instrumento no respondería²⁰, solo el individuo que lo utilizó.

Estos tratadistas también se refieren a otra de las hipótesis de la autoría mediata: la utilización de un inimputable. Señalan que la configuración de esta modalidad de autoría mediata, en el escenario de los delitos económicos, es exótica²¹. Sin embargo, apuntan que no es del todo descabellada su aplicación, ya que podría pensarse en una persona que sufre de una inimputabilidad temporal, como puede ser una amnesia, psicosis o demencia temporal, y dicha situación es aprovechada para la comisión de un delito económico²².

También se refieren a la tercera modalidad: el obrar bajo coacción ajena. Los profesores señalan que es posible ejercer presión sobre un instrumento humano para que este realice un delito económico, como por ejemplo, que ejecute acciones tendientes al blanqueo de capitales. En estos casos, el instrumento no responderá por estar en un estado de necesidad, y el responsable será el que ejerce la presión o coacción, a título de autor mediato²³.

De igual forma, señalan otras hipótesis²⁴ para la configuración de la autoría mediata:

- a) Cuando el instrumento actúa conforme a Derecho. Es la utilización de un instrumento que sí tiene una autorización, para realizar actividades no autorizadas.

19 NÚÑEZ CASTAÑO, Ob. cit., p. 174.

20 CASTRO CUENCA, CARLOS GUILLERMO y RAMÍREZ BARBOSA, PAULA ANDREA, *Derecho penal económico. Parte general*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 205-206.

21 *Ibidem*, p. 206.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*., pp. 206-207.

24 *Ibidem*.

b) Cuando el instrumento actúa bajo un error de prohibición. Señalan los autores que esta hipótesis es de difícil configuración, pero que puede tener ámbito de aplicación en delitos económicos con elementos normativos de alta complejidad.

c) Cuando el instrumento actúa sin intención o no es cualificado. Aquí hay consonancia con lo expuesto por MUÑOZ CONDE, quien señala que los delitos especiales (siendo así gran parte de los delitos económicos), a diferencia de los de propia mano, no necesitan ser ejecutados directa y materialmente por el autor, sino que pueden servirse de un tercero-instrumento²⁵.

d) Cuando hay autoría a través de aparatos organizados de poder, cuando hay fungibilidad en el autor final. Señalan los tratadistas que si bien esta forma de autoría mediata es pensada, en un principio, para organizaciones armadas, se puede predicar también para organizaciones estatales o paraestatales, como son las entidades financieras.

Esta última modalidad de autoría mediata es un asunto para nada pacífico en la doctrina, por lo que merece un tratamiento más detallado, el cual se hará más adelante.

En este punto, procederemos ahora a explicar la postura de que la responsabilidad de los superiores jerárquicos debe ser imputada a título de coautores.

La coautoría es una modalidad de autoría contemplada en nuestro Código Penal, en virtud de la cual se consideran también autores quienes “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”²⁶.

El profesor VELÁSQUEZ²⁷ señala, a partir de la descripción anterior, cuáles son los dos elementos fundamentales de la coautoría:

- El acuerdo común.
- La contribución o aporte objetivo al hecho.

Se ha discutido si la intervención en la fase ejecutiva, por parte del coautor, es imprescindible para predicar esta figura. En caso positivo, dificultaría la existencia de la coautoría en los delitos económicos, toda vez que, como se ha explicado en las presentes líneas, este tipo de delitos tiende a caracterizarse por ser de gran complejidad,

25 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿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 económica empresarial?”, en *Manuales de formación continuada*, n.º 14, 2001, p. 95.

26 Código Penal colombiano, artículo 29

27 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2004, pp. 456-457.

ya que unos superiores y mandos intermedios toman unas decisiones y las transmiten, respectivamente, para que sean ejecutadas por aquellos individuos ubicados en la base de la estructura jerárquica. Al final la autoría solo sería predicable a estos últimos, dejando un manto de impunidad o de responsabilidad atenuada en quienes realmente están configurando el actuar delictivo y, por ende, tienen mayor importancia²⁸.

Por esto, la doctrina especializada ha señalado que la participación en la fase ejecutiva del coautor no es un requisito imprescindible para la aplicación de esta figura²⁹.

Aquí no se requiere un dominio fáctico de la situación, sino un dominio del ámbito de funcionalidad³⁰ en la empresa que se trate. Este criterio gozará de gran importancia, toda vez que si el aporte naturalístico al hecho delictivo discurre al margen de la esfera de competencia del individuo, el sujeto no respondería³¹.

Luego, cuando tenemos que el hecho delictivo se ha realizado dentro de una estructura jerárquica, con división de funciones, y hay una clara distinción entre quienes diseñan el hecho, quienes lo transmiten y quienes lo ejecutan, todos dentro de su ámbito de funcionalidad, con conocimiento de la ilicitud de la conducta, se puede señalar que cada uno de ellos tiene un dominio del hecho, concretamente en su respectiva función³².

Ha considerado la doctrina que quien diseña el hecho criminal y da la orden, así como el mando intermedio que la transmite, siempre que tengan funciones de decisión, tienen el dominio del hecho, ya que los dos determinan el desarrollo de la conducta punible, desde su orden de ejecución hasta su consumación³³, sin que importe que ellos no hayan realizado materialmente el hecho delictivo o siquiera hayan estado presentes en la fase ejecutiva³⁴.

Ahora bien, no se trata de excluir la responsabilidad penal de quien ejecuta materialmente el delito. Si bien la doctrina ha sido enfática en que no puede haber impunidad en las escalas jerárquicas superiores, esto no significa que el ejecutor directo no responda. Responderá a título de coautor, toda vez que, dentro del acuerdo común, él tiene la función de realizar la última tarea o contribución al delito. Solo que no se tratará de un autor directo, *strictu sensu*, sino de un coautor también.

28 NÚÑEZ CASTAÑO, Ob. cit., pp. 141-142.

29 PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, "Autoría y participación en la empresa", en SERRANO-PIEDRECASAS, JOSÉ RAMÓN y DEMETRIO CRESPO, EDUARDO (directores), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Editorial Colex, Madrid, 2008, p. 173.

30 *Ibidem*, p. 174.

31 SILVA SÁNCHEZ, Ob. cit., pp. 21-22.

32 ZUGALDÍA ESPINAR, Ob. cit., pp. 100-101.

33 *Ibidem*, p. 101.

34 *Ibidem*, pp. 101-102.

El escenario que puede parecer, a simple vista, dificultoso, es aquel en el que nos encontramos en presencia de un delito especial y uno, o varios, de los partícipes en el delito económico (por regla general el subordinado-ejecutor material responsable) no cumpla con las condiciones exigidas en el tipo penal. Además, el delito especial es uno de los supuestos en los cuales se excluye la coautoría³⁵.

¿Cuál será entonces el camino a tomar en estos casos? Para trazar la solución, debemos primero señalar que los delitos especiales se escinden en dos clases: los impropios y los propios. En los primeros, hay una correspondencia con un delito común, por ende el ejecutor material entraría a responder por el delito común y el superior jerárquico, como autor del delito especial³⁶. En los segundos, no hay una correspondencia con el delito común. El ejecutor material no podrá responder como autor del delito especial, aunque haya hecho una contribución ejecutiva al delito económico, toda vez que no reúne la cualificación exigida en el tipo penal³⁷. Aquí la solución se da a través de la figura del interviniente, la cual está concebida en el Código Penal colombiano, y es la que se aplica a aquel que concurre en la realización del tipo penal y no tiene las calidades exigidas por el tipo.

Esta figura se ve como un “coautor no cualificado”, por cuanto para su configuración es indispensable la existencia efectiva de otra persona que sí reúna las calidades exigidas por el tipo penal, dando lugar a un escenario de realización conjunta del delito. Si el sujeto activo cualificado no está presente junto al interviniente, la conducta se tornará atípica o deberá encuadrarse en otro tipo penal.

En síntesis, cuando estemos ante un delito especial propio, el sujeto que sí reúna las condiciones exigidas para el sujeto activo responderá a título de autor y el que no las reúna responderá, pero a título de interviniente.

En este momento es importante hacer una retrospectiva de lo anotado hasta ahora. La coautoría, en su sentido clásico, implica la presencia del coautor en la fase ejecutiva-material del delito. No obstante, este involucramiento en la fase ejecutiva se ha pensado para ataques contra bienes jurídicos clásicos, tales como la vida e integridad personal y la propiedad³⁸. Esto no se compadece con el escenario de alta complejidad de los delitos económicos donde hay estructuras jerarquizadas, como son las empresas.

Por ello, la aplicación de la coautoría como mecanismo para la atribución de responsabilidad penal a los miembros de las escalas jerárquicas superiores no requerirá de la intervención del individuo en la fase ejecutiva o material del delito. Bastará que,

35 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Ob. cit., p. 457.

36 NÚÑEZ CASTAÑO, Ob. cit., p. 211.

37 *Ibidem*.

38 MUÑOZ CONDE, Ob. cit., p. 93.

en ejercicio de sus funciones, y sobre las cuales tenga dominio, haya hecho un aporte esencial a la realización del delito. Así, habrá coautoría entre el superior jerárquico y el subordinado ejecutor responsable.

Si tenemos un delito especial, la solución, respecto del que no cumple con las condiciones exigidas por el tipo, vendrá dada por la definición si el delito especial es impropio o propio, por lo que entrarán a aplicarse las figuras del delito común y del interviniente.

3. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ECONÓMICOS

En el marco de los delitos económicos, en virtud de la complejidad que hemos narrado hasta ahora, también habremos de encontrarnos con individuos que hacen un aporte causal (físico o síquico) al hecho delictivo, pero que no pueden ser considerados los protagonistas principales de la escena criminal, sino que son actores de reparto, por así decirlo: los partícipes.

El estudio de esta figura (la participación en los delitos económicos) reviste gran importancia, por cuanto, como se expondrá a continuación, la delimitación de su responsabilidad no es tarea fácil, en virtud de lo difusa que es la frontera entre un acto de colaboración criminal y una actuación empresarial cotidiana y neutra.

En primera instancia, debemos traer las disposiciones que el Código Penal colombiano tiene sobre la participación. El artículo 28 dispone que en la conducta punible, junto a los autores, están presentes los partícipes, los cuales se escinden en determinadores y cómplices. El determinador es aquella persona que induce o determina a otro para que realice una conducta antijurídica.

La aplicación de esta figura no ha de representar mayores dificultades en el escenario de los delitos económicos, aun en aquellos especiales, toda vez que las calidades exigidas en el tipo penal no se hacen extensivas a los partícipes³⁹.

No obstante, es imperativo hacer unas verificaciones. En primer lugar, debe verificarse que la inducción se realizó con dolo⁴⁰, toda vez que no hay punición de la instigación imprudente o culposa⁴¹. Es decir que debe haber, de parte del determinador, conocimiento de las circunstancias que habrán de desembocar en el ilícito y la voluntad de su efectiva realización.

39 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 554.

40 CASTRO CUENCA y RAMÍREZ BARBOSA, Ob. cit., p. 207.

41 VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Ob. cit., p. 462.

En segundo lugar, debe verificarse que la inducción haya tenido tal grado de idoneidad que haya resuelto la voluntad del autor⁴². Es decir que no bastan las meras insinuaciones, sino que haya sido tal el grado de determinación por parte del inductor, que si hubiésemos suprimido su accionar, la conducta punible no se habría dado.

En tercer lugar, lo más importante: el determinador debe carecer de dominio del hecho, toda vez que si lo tiene, estaríamos en presencia de la coautoría⁴³. Este, sin duda, es el factor fundamental. Como señala el profesor MUÑOZ CONDE, mientras el determinador es quien hace nacer la idea criminal, es el inducido (autor) quien decide y domina la realización del ilícito⁴⁴.

Como se ha explicado en este escrito, puede ser coautor cualquier persona que tenga un dominio funcional dentro del esquema del plan criminal, aun cuando no haya estado presente en la parte ejecutiva del delito. Luego, para poder predicar una auténtica determinación en un delito económico, debemos tener la inducción dolosa e idónea de la idea criminal, pero totalmente ajeno a un rol funcional determinante en el plan criminal, so pena de derivar en una coautoría o, en caso de un delito especial y no cumplir con la calidad exigida por el tipo penal concreto, en un interviniente.

Similar tratamiento debe dársele al cómplice. La complicidad se entiende como una cooperación dolosa, intelectual o física, al hecho antijurídico cometido por un tercero, la cual puede ser anterior, concomitante o posterior al hecho, siempre que medie un acuerdo previo⁴⁵.

Los requisitos para su configuración son esencialmente los mismos de la determinación, debiendo aquí rescatar su realización dolosa⁴⁶ y su carencia del dominio del hecho⁴⁷, toda vez que si este está presente, podrá hablarse de una coautoría o de la presencia de un interviniente.

Sin embargo, la complicidad merece un análisis ulterior, toda vez que, en el campo del Derecho penal económico, es a veces difícil trazar la frontera entre actos contributivos al delito económico y aquellas actividades neutras y cotidianas del actuar empresarial, las cuales gozarán de impunidad⁴⁸.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*, p. 463.

44 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Ob. cit.*, p. 441.

45 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Ob. cit.*, p. 464.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*, pp. 464-465.

48 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Ob. cit.*, p. 557.

MAGALDI PATERNOSTRO⁴⁹ ha señalado una serie de requisitos para que el aporte del cómplice se considere penalmente relevante y, por ende, sea punible:

- a) Se haya realizado una aportación al hecho delictivo del autor.
- b) La aportación realizada sea causal respecto del ataque al bien jurídico por parte de la conducta típica y antijurídica del autor.
- c) La aportación sea peligrosa para el bien jurídico y que el peligro se concrete o materialice en el resultado, siguiendo las normas de la imputación objetiva.

Tradicionalmente, las acciones *neutrales* o *cotidianas* han de abstraerse de responsabilidad penal, toda vez que, primero, carecen de sentido delictivo indubitado, ya que quien realiza la aportación no tiene la finalidad de favorecer un delito ajeno y, segundo, por cuanto habría serias dificultades probatorias a la hora de demostrar que el fin último de la aportación era favorecer el delito del autor⁵⁰.

Pero si efectivamente se logra comprobar que el aporte causal del cómplice, constituido por su actuar cotidiano y neutral, tenía como finalidad la comisión del delito, y realizó una actividad inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho, de tal forma que se pueda asegurar que perfila su conducta para que la continuación delictiva la haga el autor, encajando en el proyecto de este⁵¹, su cooperación será punible. Al respecto, se ha expresado la jurisprudencia alemana en los siguientes términos:

Si la actuación del autor principal persigue exclusivamente la realización de la acción punible y ello es conocido por quien le presta la ayuda, entonces la contribución al hecho debe considerarse cooperación punible porque en este caso el hecho (la aportación) pierde su carácter cotidiano constituyendo una solidarización con el autor y ya no se considera socialmente adecuado. Si, por el contrario, quien presta la ayuda no sabe cómo va a utilizar el autor la aportación o contribución que le suministra pero considera como posible que el hecho sea utilizado para cometer un delito, su conducta no será normalmente calificable de complicidad. La doctrina, como es de ver, deja al margen del ámbito de lo punible la aportación llevada a cabo en dolo eventual⁵².

49 MAGALDI PATERNOSTRO, MARÍA JOSÉ, "Autoría y participación en los delitos económicos", en GARCÍA ARÁN, MERCEDES (directora), *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 302.

50 *Ibidem*, pp. 306-307.

51 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Ob. cit.*, p. 561.

52 MAGALDI PATERNOSTRO, *Ob. cit.*, pp. 309-310.

Aquí hay una discusión importante y es la posibilidad de imputar complicidad en este tipo de delitos a título de dolo eventual. La jurisprudencia anterior la descarta, toda vez que se requiere, para penalizar la cooperación, que la intención del cómplice sea exclusivamente la de favorecer el delito del autor.

En igual sentido se encuentra la opinión de TIEDEMANN, quien señala que en el campo de lo subjetivo, de acuerdo con los planteamientos de la jurisprudencia, es necesario que el dolo del cómplice abarque “el contenido esencial del injusto y la dirección de ataque del hecho principal”, por lo que no sería punible, por ejemplo, la falsificación de documentos en un caso de estafa a bancos, cuando la falsificación se realizó con miras a defraudar al fisco⁵³.

En sentido contrario se ubica la opinión de MAGALDI PATERNOSTRO, quien expone que se puede atribuir la complicidad a título de dolo eventual. La autora señala que bastaría “que el partícipe conozca que la acción constituye objetivamente una contribución peligrosa para el bien jurídico y aun así la lleve a cabo”, aunados los demás presupuestos para la punición de la complicidad⁵⁴.

Ante esta disyuntiva, optamos por la posición de TIEDEMANN, toda vez que, primero, gran parte de los delitos económicos tienen un elemento subjetivo especial (como, por ejemplo, el ánimo de defraudar al acreedor en el alzamiento de bienes o el propósito de ocultar el origen ilícito de bienes y darles apariencia de lícitos en el lavado de activos) y el dolo eventual no cabe en este tipo de delitos, y, segundo, porque consideramos que toda actuación económica conlleva un riesgo e implementar el criterio de que toda actuación debe estar precedida por una concepción de todos los riesgos posibles (en cumplimiento de la verificación del elemento cognitivo del dolo eventual) trancaría todo el tráfico económico.

También es importante anotar que, para la punibilidad de la acción neutra o cotidiana, es necesario que dichos aportes constituyan comportamientos socialmente inadecuados⁵⁵. Para poder realizar este juicio, es fundamental la valoración de las circunstancias

53 TIEDEMANN, KLAUS, *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2009, p. 228.

54 MAGALDI PATERNOSTRO, Ob. cit., p. 304.

55 MAGALDI PATERNOSTRO, Ob. cit., pp. 316-317. Aquí es también importante traer a colación el caso SCHLEICHER, “socio mayoritario de unas sociedades de inversión para la explotación de gas en el Canadá. Estas sociedades hacían publicidad para atraer a inversores a quienes se prometía un interés muy elevado. Cuando por la actuación perjudicial del gobierno canadiense que no otorgaba el permiso necesario y por encontrarse fuentes de gas escasas se obtuvo durante bastante tiempo pocos beneficios, se pagó el alto interés prometido a los socios con el dinero que aportaban los nuevos socios atraídos por la publicidad. Para salvar a las empresas de la quiebra, SCHLEICHER les concedió créditos altos. Por esta causa fue acusado como coautor del delito de estafa porque sin esos créditos no se hubiera efectuado la estafa contra los nuevos socios (ver art. 14, n.º 3 del Código Penal español) porque las empresas hubieran quebrado sin poder continuar su actividad, incluida la actividad de publicidad engañosa. Únicamente

que rodearon el hecho concreto, tomando como criterios fundamentales (i) el grado de apego de las normas jurídicas o sociales que regulan el sector del tráfico jurídico en donde se desarrolla el aporte⁵⁶, y (ii) el examen de comparación con la conducta que desplegaría el hombre medio en el mismo supuesto fáctico⁵⁷.

Otros criterios que nos habrán de ayudar a determinar si la acción del individuo está encaminada a la producción de un delito por parte de un tercero (autor) son los siguientes: en primer lugar, el factor temporal-espacial. Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que entre más cercana esté la realización del tipo, más fácil será determinar si hay un sentido de adaptación del aporte al hecho criminal y, por ende, rechazar el calificativo de *neutral* de la acción, por lo que será punible⁵⁸. En segunda instancia, la cotidianidad: en tanto el aporte encuadre más dentro de los parámetros de la cotidianidad de la actividad del individuo, más difícil será la posibilidad de otorgarle el carácter de punible⁵⁹.

4. LA AUTORÍA MEDIATA, A TRAVÉS DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER, EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

La aplicación de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, en el campo de los delitos económicos, es un tema de gran controversia, no solo por el conflicto que al respecto existe entre distintos autores, el cual explicaremos más adelante, sino porque el reconocimiento en Colombia de este tipo de autoría, genéricamente hablando, no ha sido legal, sino jurisprudencial⁶⁰.

a través de la teoría de la imputación objetiva se puede eximir de responsabilidad a aquel autor que, por actos socialmente neutrales o útiles como otorgar créditos o vender objetos permitidos, coopera formalmente a la ejecución de hechos criminales". TIEDEMANN, KLAUS, *Lecciones de Derecho penal económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pp. 168-169.

56 Sobre este punto es importante el análisis de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. En este se dispone que la trasgresión está encaminada hacia un conjunto de normas, destinadas a evitar determinados resultados lesivos, como en el caso de la normatividad destinada a la prevención del blanqueo de capitales: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Ob. cit., p. 561. En efecto, se recurre a un criterio teleológico de la imputación objetiva de ROXIN, en virtud del cual no se pueden imputar delitos, aunque hayan sido el resultado de un riesgo no permitido, si el resultado está por fuera del ámbito o fin de protección de la norma (ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 377; CASTRO CUENCA, CARLOS; HENAO CARDONA, LUIS FELIPE y BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO, *Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 164 y 201).

57 MAGALDI PATERNOSTRO, Ob. cit., pp. 317.

58 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Ob. cit., p. 561.

59 Ibídem, p. 562.

60 Entre otras: Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Sentencia del 30 de enero del 2012. Radicado: 110010704003200800025 09.

Hay posiciones doctrinales a favor de la configuración de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder al ámbito empresarial. Esta posición es defendida por SILVA SÁNCHEZ, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MARALEE.

Para SILVA SÁNCHEZ, “autor mediato pueden serlo tanto los sujetos pertenecientes al órgano de administración como el personal de alta dirección en que este haya delegado de modo inmediato”⁶¹.

La posición de BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MARALEE apoya este tipo de autoría mediata en estructuras empresariales, pero considera que no se ciñe estrictamente al ámbito empresarial, sino a cualquier escenario donde hay un sujeto que planea y otro que ejecuta, habiendo un vínculo entre estos dos respecto de la decisión de la realización total del hecho⁶².

No obstante, la aplicación de esta teoría, formulada por ROXIN para situaciones como el caso EICHMANN, encuentra serias objeciones por parte de la literatura especializada para ser implementada en los escenarios de la criminalidad de empresa.

Ambos tipos de criminalidad (la de empresa y la de organizaciones criminales o terroristas) comparten una serie de características, tales como la pluralidad de personas, la presencia de una estructura jerárquica o la fungibilidad de los ejecutores materiales del delito⁶³, que son quienes ocupan los pisos inferiores de la pirámide.

Sin embargo, la empresa tiene un factor diferencial: está dentro del margen de la normatividad, elemento que brilla por su ausencia en las organizaciones criminales para las que ROXIN formuló su teoría en los años sesenta.

Así, con este marco, podría aplicarse la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder al entorno empresarial, solo en los eventos en que la empresa tenga como objeto principal la comisión de delitos, tal cual lo han planteado BOLEA BARDON⁶⁴ y FARALDO CABANA⁶⁵.

Otro factor que dificultaría la traslación de la teoría de ROXIN hacia el ámbito económico-empresarial es la fungibilidad del ejecutor material.

61 SILVA SÁNCHEZ, Ob. cit., p. 43.

62 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. y HORMAZÁBAL MARALEE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, vol. II, Ed. Trotta, 1999, p. 239. Citado en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Ob. cit., p. 71.

63 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Ob. cit., pp. 64-68.

64 BOLEA BARDON, CAROLINA, *Autoría mediata en Derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 390.

65 FARALDO CABANA, PATRICIA, “Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa”, en SERRANO-PIEDRACASAS y DEMETRIO CRESPO, Ob. cit., p. 123.

Si bien en el entorno empresarial hay una estructura jerárquica en la que rige el deber de obediencia, no es menos cierto también que en ciertos escenarios los ejecutores materiales gozan de una idoneidad⁶⁶ para realizar el último eslabón de la conducta punible compleja, como por ejemplo un contador o un técnico especializado, por lo que su reemplazo no es tarea fácil y sustraerlo de sus funciones implicaría una talanquera o traba en el engranaje empresarial, desvirtuando el automatismo⁶⁷ que ha de caracterizar a las estructuras organizadas de poder.

No obstante, la profesora MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS ha señalado que no es por estas consideraciones que rechaza el traslado de la teoría de ROXIN al ámbito empresarial. Según ella, se puede prescindir del hecho de que la empresa no sea una estructura al margen de la ley y también de la fungibilidad del ejecutor material. El factor fundamental para el rechazo de esta teoría en las organizaciones empresariales es que no se puede concebir la figura de un instrumento doloso⁶⁸.

Aquí la profesora señala que el sector doctrinal que comparte el anterior planteamiento se divide en dos: en quienes consideran, por un lado, que el hombre de atrás debe responder a título de partícipe y, por otro lado, quienes consideran que es preferible la utilización de la figura de la coautoría⁶⁹.

Se puede pensar en el caso de que el superior jerárquico dé una orden a un subordinado y este la cumpla bajo una insuperable coacción por miedo a perder su trabajo. Aquí efectivamente hay una autoría mediata, pero no por la estructura organizada de poder, sino en virtud del dominio de la voluntad del autor directo por parte del mediato a través de un medio de coacción. En estos eventos, a diferencia de la teoría de ROXIN, el autor directo no respondería, bien sea por una insuperable coacción ajena o por encontrarse en un estado de necesidad⁷⁰.

5. ACTUAR POR OTRO

Uno de los escenarios que más puede representar dificultades a la hora de imputar una categoría de autoría o participación es aquel donde, en virtud del marco del Derecho penal económico, las calidades exigidas por el tipo penal para la cualificación del sujeto activo recaen sobre una persona jurídica, ente sobre el cual, de acuerdo con el estado del arte actual, en Colombia, no puede recaer responsabilidad penal.

66 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Ob. cit., p. 452.

67 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Ob. cit., p. 98.

68 *Ibidem*, pp. 94-95.

69 *Ibidem*, pp. 95-96.

70 CASTRO CUENCA y RAMÍREZ BARBOSA, Ob. cit., pp. 206-207.

Un claro ejemplo son aquellos delitos contra el patrimonio económico que recaen sobre los bienes propios (sustracción de bien propio, disposición de bien gravado con prenda y alzamiento de bienes). Por la estructura típica de estos delitos, solo quien ostente el Derecho real de dominio sobre los bienes, objeto material del delito, puede ser el autor de dichas conductas, lo que nos trae un sujeto activo cualificado.

Como se señaló antes, en Colombia está proscrita la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Luego, ¿qué sucede si el titular del dominio de los bienes, objeto material de los delitos señalados, es una persona jurídica?

Este escenario tiene solución en el tercer inciso del artículo 29 del Código Penal colombiano:

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

Como se puede observar, esta disposición legal sirve como herramienta integradora para evitar lagunas de impunidad en aquellos casos de delitos especiales propios en los cuales el deber especial incumbe a la persona jurídica⁷¹, de quien, reiteramos, está prohibida su responsabilidad penal en el escenario penal colombiano.

Es indispensable, para la aplicación de esta figura, la existencia de un delito especial, es decir, aquel que no puede ser cometido por cualquier persona, sino que requiere que el autor reúna una serie de condiciones o calidades, generando un sujeto activo cualificado⁷². Aquí el *extraenus*, es decir, quien no reúne las calidades exigidas por el tipo penal en concreto, realiza la acción u omisión penalmente relevante y, gracias a una especie de *transferencia* de las condiciones propias del *intraenus*, en virtud de una determinada posición de dominio, entrará a responder como autor y no como interviniente⁷³.

Otro de los puntos importantes para la aplicación de esta figura es analizar quién realiza la conducta punible. Se debe verificar que quien la realiza es quien ostenta las

71 BACIGALUPO, ENRIQUE, "El actuar en nombre de otro", en BACIGALUPO, ENRIQUE (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Barcelona, 2005, p. 131; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Ob. cit., p. 460; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Ob. cit., p. 453; TIEDEMANN, Ob. cit., *Lecciones de Derecho penal económico...* p. 169.

72 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Ob. cit., p. 459.

73 *Ibidem*, pp. 459-460.

calidades de representante legal o miembro de órgano de representación de la persona jurídica⁷⁴.

Así pues, deben conjuntarse dos elementos: (i) que la persona jurídica reúna las calidades exigidas por el respectivo tipo penal, y (ii) que la conducta la realice quien ostenta las calidades precitadas.

De otro lado, es también importante traer el análisis que hace la profesora NÚÑEZ CASTAÑO, con base en la obra del profesor GARCÍA CAVERO. Allí se plantea la diferenciación entre el *administrador de Derecho* y el *administrador de hecho*, categorías ambas que trae el inciso tercero del artículo 29.

La profesora NÚÑEZ CASTAÑO señala que para el *administrador de Derecho*, en virtud de ese carácter oficial y legal que tiene, solo basta que la conducta penalmente relevante esté dentro de su ámbito de funcionalidad, aun en el evento de que no tenga dominio material sobre las funciones de administración. En el caso del *administrador de hecho*, solo entrará a responder por aquellas funciones de administración que efectivamente esté realizando y que, además, esté materialmente dominando⁷⁵. De tal forma, “el administrador de Derecho necesitará solo un dominio sobre la causa del resultado, mientras que el de hecho requerirá un dominio social típico sobre las funciones de administración”⁷⁶.

6. CONCURRENCIA DE ADMINISTRADORES

Ahora bien, ¿cuál es el tratamiento a dar cuando hay una concurrencia de administradores, uno de hecho y otro de Derecho? El profesor GARCÍA CAVERO nos presenta todas las hipótesis posibles y, junto a cada una de ellas, la respectiva solución.

La primera hipótesis precisa que haya un testaferrato, en el cual el testaferrero sea el administrador de Derecho y haya alguien, subrepticamente, manejando los hilos del poder de administración, que sería el administrador de hecho. Aquí, señala GARCÍA CAVERO, no habrá dificultad alguna, y la responsabilidad será endilgada al administrador de hecho⁷⁷. Si es un delito común, solo bastará que el administrador de hecho haga una efectiva asunción de las facultades de administración⁷⁸. Si es un delito especial de

74 *Ibidem*, p. 460.

75 NÚÑEZ CASTAÑO, *Ob. cit.*, pp. 115-116.

76 *Ibidem*, p. 116.

77 GARCÍA CAVERO, PERCY, “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular”, en *Revista electrónica Indret*, n.º 363, Barcelona, 2006, p. 8.

78 *Ibidem*.

dominio, se requerirá además que el administrador aparezca ejerciendo las funciones administrativas, para así poder predicar un real dominio social⁷⁹.

Si la figuración del administrador de Derecho ha contribuido a la realización del delito, podrá ser considerado como partícipe, concretamente como cómplice. Si no, siguiendo en el marco de esta hipótesis, no habrá responsabilidad del administrador-pantalla. Al respecto, anota GARCÍA CAVERO, “el administrador de Derecho que aparezca simplemente como administrador de la empresa sin ejercer realmente ninguna función de administración, no parece conciliable con la exigencia de un dominio funcional del hecho que permita hacerlo tan responsable como el administrador de hecho. No cabe duda de que con su aparición como administrador formal puede haber aportado a la realización del hecho, pero de ahí a afirmar que tiene el dominio del hecho propio de un autor, creo que constituye una conclusión apresurada”⁸⁰. Para que pueda predicarse un dominio del hecho, se requiere el ejercicio de ciertas facultades de administración⁸¹, la cuales, en el escenario planteado, son ejercidas por el administrador de hecho, no el de Derecho.

La segunda hipótesis parte de que el administrador de Derecho no es solo un hombre-pantalla o testafarro, sino que también ejerce actos de administración, en cumplimiento de órdenes dadas por el hombre de atrás.

En este evento, tanto para delitos comunes como especiales, el administrador de Derecho responderá como autor, ya que tiene el dominio que fundamente su responsabilidad como autor⁸². La responsabilidad del hombre de atrás estará determinada si el delito es común o especial. Si es un delito común y realiza acciones materiales en virtud de una distribución de tareas, responderá como coautor⁸³.

Si es un delito especial, la autoría recaerá sobre el administrador de Derecho, ya que la “autoría requiere un dominio especial que abarca la asunción hacia fuera (aparente) de las labores de administración. Si bien el hombre de atrás puede tener un cierto dominio sobre la decisión de las funciones de administración, queda claro que no se muestra como administrador y carecerá del dominio social exigible”⁸⁴. Así las cosas, el administrador de hecho u hombre de atrás responderá como cómplice, determinador o incluso interviniente, en la medida de la intensidad de su aporte al hecho delictivo.

79 *Ibídem.*

80 *Ibídem.*, p. 9.

81 *Ibídem.*

82 *Ibídem.*

83 *Ibídem.*, p. 10.

84 *Ibídem.*

La tercera hipótesis se da en el evento en que el hombre de atrás maneja al administrador de Derecho mediante coacción o error. Si es un delito común no habrá inconveniente para constituir una autoría mediata en la persona del administrador de hecho, toda vez que la coacción o error son formas de instrumentalización.

Si son delitos especiales, no es fácil aplicar la solución anterior, ya que no hay un dominio social requerido⁸⁵.

Señala GARCÍA CAVERO que si bien no hay apariencia en el ejercicio de funciones administrativas, no habrá problema para considerar al hombre de atrás como un administrador de hecho, ya que este no solo tiene el dominio social respecto al bien jurídico, sino que también tiene un dominio sobre la apariencia⁸⁶. Si la cualificación recae en la persona del administrador de Derecho, se podría permitir, desde el punto de vista de la legalidad, hacer extensión de dicha cualificación al administrador de hecho⁸⁷. Si la calidad recae en la persona jurídica, en virtud de la figura del actuar por otro, se podrá ir directamente contra el administrador de hecho⁸⁸.

7. POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPRESARIO

La conducta punible, no solo en el Derecho penal económico, sino en general, puede realizarse a través de acción y también a través de omisión.

El delito de omisión, a su vez, se escinde en (i) omisión propia y en (ii) omisión impropia. La primera es aquella en la que la descripción típica misma trae verbos rectores que, semánticamente, implican un dejar de actuar, tales como *rehusar* o *abstener*, o trae la denegación de una conducta descrita como correcta. La segunda es aquella que se predica de tipos penales que, en principio, vienen descritos en forma de acción, pero que pueden ser cometidos por omisión cuando hay un rol de garante.

Nuestro Código Penal⁸⁹ dispone que el rol de garante lo tiene quien posee el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, estando en la posibilidad de hacerlo, en virtud de la tenencia a cargo de la protección en concreto del bien jurídico protegido, o por cuanto tienen el deber de vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la ley.

85 *Ibidem*.

86 *Ibidem*.

87 *Ibidem*.

88 *Ibidem*.

89 Artículo 25.

De la descripción legal anterior se observa que este rol o posición de garante tiene fuentes formales (la Constitución y la ley) y fuentes materiales, las cuales se describen así por el mencionado artículo:

- a) La asunción voluntaria de protección de una persona o fuente de riesgo, dentro del ámbito propio de dominio.
- b) La estrecha comunidad de vida entre personas.
- c) La realización de una actividad riesgosa por varias personas, también denominada *comunidad de riesgo*.
- d) Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente, también denominada *injerencia*.

Esto cobra importancia para el presente estudio, ya que para la atribución de autoría en un delito económico, cuando haya habido comisión por omisión, se requiere, inexorablemente, la configuración de un rol de garante en el sujeto activo para la exitosa adecuación típica.

Es preciso anotar que la actividad empresarial tiene potencialidad de causación de daños (por lo que se convierte en una fuente de peligros)⁹⁰ hacia bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal y de cuyo estudio es completamente competente el Derecho penal económico: los delitos contra los trabajadores, los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, los delitos contra la salud pública y también los delitos económicos relacionados con el mismo desarrollo de la actividad empresarial (lavado de activos, delitos financieros, delitos contra los consumidores, etc.)⁹¹.

Es importante anotar también que estos deberes de garantía del empresario deben recaer sobre los procesos de riesgo que él mismo desata, así como también de aquellos que tienen su origen en objetos, procedimientos, animales o personas sin margen relevante de autonomía que están presentes en la empresa⁹².

La creación de estos riesgos, por regla general, siempre involucra una conducta activa o de acción. Por tal motivo, debe hacerse claridad de que muchas conductas punibles realizadas en comisión por omisión pueden estar precedidas por una conducta activa

90 NÚÑEZ CASTAÑO, Ob. cit., p. 49; TIEDEMANN, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 32.

91 REQUENA JULIANI, JAIME, “La posición de garante del empresario” en BACIGALUPO, ENRIQUE, *Curso de Derecho penal económico*, p. 157.

92 LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 226.

o positiva, es decir, por una acción. No por eso se descarta la omisión. Muchas veces lo que ocurre es que la conducta positiva precedente es la creación de una situación antijurídica (injerencia), a partir de la cual se configura la posición de garante, ante lo cual, si no se evita el resultado lesivo, habrá configuración del delito, pero por omisión. El reproche penal recaerá ante esa inactividad frente al riesgo creado.

Piénsese, por ejemplo, en el empresario que pone en el mercado un producto infringiendo las normas de seguridad, lo que implica un riesgo para la salud de los consumidores. Aquí el empresario responderá por las consecuencias lesivas producidas por su comportamiento activo. Ahora bien, en la hipótesis en que, tras la comercialización del producto, siguiendo las normas de seguridad, se descubre que su utilización puede resultar nociva bajo determinadas circunstancias, deberá proceder entonces a retirarlo del mercado o informar a los consumidores, porque si no lo hace, responderá penalmente ante tal inercia o inacción⁹³.

Como se puede observar, hay dos comportamientos, uno activo y el otro omisivo, ambos susceptibles de responsabilidad penal. Lo trascendental aquí es que la naturaleza activa del primero no descartó la existencia omisiva del segundo, sino que, por el contrario, sirvió como fundamento de este, toda vez que permitió predicar la existencia del rol de garante.

Pero hay que anotar que los riesgos penales-económicos no solo son predicables de la actividad económica misma, sino que también pueden derivarse del elemento humano. Aquí se plantea el problema de si el empresario se constituye en garante respecto de las conductas punibles cometidas por sus empleados. La respuesta es afirmativa, pero la doctrina ha sido enfática en señalar que no puede ser respecto de toda conducta realizada por el empleado, sino solo por aquellos “delitos vinculados al establecimiento”⁹⁴. Otro sector de la doctrina dispone esta posición de garantía, pero solo para empresas peligrosas⁹⁵, como lo es la fabricación de armas y municiones y también, de acuerdo con el criterio de la jurisprudencia alemana, “las empresas constructoras y las gestoras de polideportivos con efectos exteriores en el tráfico de calle”⁹⁶.

Es también importante anotar que este deber de vigilancia del empresario, respecto de sus empleados, no es ni puede ser de carácter general, toda vez que se está en presencia de la comisión de una conducta punible por parte de un sujeto plenamente responsable (empleado). En la hipótesis de una plena responsabilidad por parte del autor directo, cabe cuestionarse si efectivamente ha habido un poder de vigilancia y mandato sobre

93 REQUENA JULIANI, Ob. cit., p. 159.

94 DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados” en SERRANO-PIEDECASAS y DEMETRIO CRESPO, Ob. cit., p. 69.

95 TIEDEMENNAN, *Nuevas formas de criminalidad...*, Ob. cit., p. 32.

96 TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, Ob. cit., p. 167.

el empleado por parte del empresario, para así tener la capacidad de dirigir el comportamiento de los subordinados. Ante este escenario, un sector doctrinal ha considerado que solo podría considerarse un deber de vigilancia, penalmente relevante, en el caso de que el empleado lleve a cabo la conducta empleando un objeto peligroso que pertenece a la empresa⁹⁷.

Otra situación que deberá analizarse, por cuanto también constituye una posición de garante, es la delegación de competencias en el ámbito empresarial.

La delegación nunca implica un desprendimiento total del delegante de sus funciones, sino un cese temporal de estas y es, en virtud de ese vínculo, que no se destruye, que el delegante adquiere un deber de vigilancia:

La delegación de funciones es, sin duda, una necesidad en las organizaciones de las empresas complejas, que responde a la idea de la “división del trabajo”, pero igualmente a una exigencia de racionalización y efectividad en la tutela de bienes jurídicos. Al mismo tiempo, de la delegación surge la obligación para el empresario de no incrementar a través de la misma el riesgo de lesión para bienes jurídicos de terceros, actuando frente a los peligros conocidos en el momento en que se produce la delegación, o frente a los que resulten conocidos posteriormente. Se dice, pues, que se produce una mutación, de modo que la delegación convierte al sujeto en quien recae en destinatario de la norma penal, mientras que la obligación original del delegante se transforma en un deber de controlar su cumplimiento por parte de otro. En opinión de MEINI, cuando el objeto de la delegación consiste específicamente en funciones de control o vigilancia, la posición de garante se delega por completo, salvo que haya algún defecto de validez en la misma. Por el contrario, si lo que se delega es la ejecución de actos concretos, no hay exoneración alguna, siendo posible afirmar responsabilidad penal del delegante *in vigilando* o *in eligendo* en comisión por omisión⁹⁸.

Ahora bien, puesto que la inacción, inercia, reposo del empresario, cuando tiene un rol de garante, es lo reprochable en los delitos de omisión impropia, es importante definir cuáles son los deberes que debe desplegar el garante para que, verificada su inobservancia, se pueda predicar la inacción y, por ende, se pueda imputar la comisión por omisión.

En virtud del deber de garantía, el empresario debe desplegar dos tipos de conductas: medidas de seguridad complementarias y medidas de salvamento. Las primeras tienen por objeto evitar el aumento del nivel del riesgo inherente de los focos de peligro. Las

97 DEMETRIO CRESPO, Ob. cit., pp.70-71.

98 *Ibidem*, pp. 72-73.

segundas pretenden, en un escenario de peligro ya concreto e inminente para los bienes jurídicos, sustraer a las personas del ámbito de efectividad del peligro referido⁹⁹.

8. CONCLUSIONES

Sin duda alguna, el Derecho penal económico es una subdivisión que se nutre de los contenidos generales del Derecho penal.

No obstante, las complejidades de las actividades económicas y empresariales requieren de ciertos ajustes dentro de determinadas categorías penales tradicionales, con miras a solventar las exigencias de la política criminal contemporánea, propia de un Derecho penal en expansión.

Las estructuras jerárquicas empresariales pudiesen ser el escenario ideal para montar un manto difuso y así obstaculizar la tarea de atribución de responsabilidad en los escenarios de la criminalidad de empresa. Piénsese en un delito económico de grandes proporciones, con gran número de afectados, y en el que solo respondiesen los últimos eslabones empresariales, es decir, los ejecutores materiales, quienes ocupan los rangos más bajos en la estructura piramidal. Por lo contrario, habría impunidad para aquellos individuos ubicados en escalas superiores, siendo ellos los verdaderos amos y señores de este actuar delictivo.

La responsabilidad penal en ámbitos empresariales es de carácter ascendente, por lo cual, a medida que ascendemos en el engranaje empresarial, se van difuminando las posibilidades de exención de responsabilidad penal.

Así pues, surgen posibilidades como la imputación de una autoría mediata cuando el ejecutor material carece de dolo (por coacción, error o utilización de un inimputable) o de la coautoría cuando el instrumento es doloso.

Este último punto es de gran controversia, porque plantea, en virtud de la complejidad empresarial, prescindir de la presencia del autor en la fase ejecutiva, elemento fundamental de la coautoría. Pero es precisamente por esa complejidad que debe prescindirse, por cuanto si no se aplica esta modalidad de autoría las verdaderas mentes y amos criminales del delito económico serían considerados como meros partícipes, lo cual constituiría un despropósito.

Entonces, aquí empieza a figurar el ámbito de funcionalidad como criterio fundamental para imputar una coautoría: si el superior jerárquico tiene dominio sobre su ámbito de

99 *Ibidem*, pp. 78-79.

funcionalidad, y este es determinante para el resultado lesivo, será considerado coautor, aunque no participe directamente en la fase ejecutiva del delito.

También se ha planteado la posibilidad de trasladar la autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder a las empresas. Este es un punto de gran controversia, toda vez que plantea transpolar un modelo pensado para el crimen organizado a estructuras que operan, en principio, acorde con la legalidad. De otro lado, se dificulta su aplicación por cuanto en el escenario empresarial no siempre es fácil considerar fungibles a los ejecutores materiales, ya que pueden desarrollar labores muy específicas y que gozan de cierto nivel técnico, científico o profesional, por lo que serían difícilmente reemplazables. Y, aun en el evento en que se pudiese prescindir de estos dos elementos, cierto sector de la doctrina considera paradójico concebir un *instrumento doloso*.

En cuanto a los partícipes, su imputación no suele ser dificultosa. Debe analizarse el grado de su contribución y la efectividad de esta, de tal forma que los podamos vincular al actuar delictivo, aunque en menor grado. El aspecto que más merece atención es la diferenciación entre los verdaderos actos de contribución y las acciones neutrales, toda vez que esa también es la frontera de la punibilidad de la participación.

Son factores también importantes la condición de administrador, ya que esta será el presupuesto fundamental para la aplicación de la figura del *actuar por otro*, herramienta trascendental para evitar impunidad en los escenarios donde están involucradas personas jurídicas. De igual manera, el rol de garante del empresario, toda vez que será el presupuesto fundamental para la comisión de una omisión impropia, otra herramienta fundamental para combatir la criminalidad de empresa, que no solo puede ser vista como una unidad de explotación económica y fuente de riqueza, sino como un ente riesgoso, al que se le atribuyen responsabilidades para salvaguardar bienes jurídicos de orden supraindividual, como la salud pública y el medio ambiente, cuya protección es fundamental en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.

BOLEA BARDON, CAROLINA, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000.

CASTRO CUENCA, CARLOS, HENAO CARDONA, LUIS FELIPE Y BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO, *Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Bogotá, Ediciones Jurídicas de Santiago-Editorial Ibáñez, 2009.

CASTRO CUENCA, CARLOS Y RAMÍREZ BARBOSA, PAULA ANDREA, *Derecho penal económico. Parte general*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2010.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES (directora), *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

GARCÍA CAVERO, PERCY, “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular”, en *Revista electrónica Indret*, n.º 363, Barcelona, 2006.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿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 económica empresarial? en *Manuales de formación continuada*, n.º 14, 2001.

NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia Editorial Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Editorial Civitas, 1997.

SERRANO-PIEDRACASAS, JOSÉ RAMÓN y DEMETRIO CRESPO, EDUARDO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, Editorial Colex, 2008.

TIEDEMANN, KLAUS, *Lecciones de Derecho penal económico*. Barcelona, Ed. PPU, 1993.

TIEDEMANN, KLAUS, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2007.

TIEDEMANN, KLAUS, *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2009.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Presupuestos sustantivos y procesales*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2008.