

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO; SOSSA MONTOYA,
MARÍA SIMONÉ, “Responsabilidad penal en la estructura
empresarial: el papel de la inducción en cadena”, *Nuevo
Foro Penal*, (103), 2024

Responsabilidad penal en la estructura empresarial: el papel de la inducción en cadena¹

*Criminal responsibility within corporate structures:
the role of successive instigator*

Fecha de recibo: 03/10/2024. Fecha de aceptación: 27/10/2024
DOI: 10.17230/nfp20.103.7

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA*
MARÍA SIMONÉ SOSSA MONTOYA**

Resumen

En este trabajo se analiza el alcance de la inducción en cadena como criterio de atribución de responsabilidad penal en la estructura empresarial. Con este propósito, se parte de una investigación cualitativa, de corte deductivo, descriptivo y analítico de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. En primer lugar, se consideran las diferentes alternativas que se han propuesto como criterios de atribución de responsabilidad penal a los sujetos que ocupan cargos directivos e intermedios en la estructura empresarial por las conductas delictivas cometidas por los subordinados, así como los obstáculos o ventajas de la aplicación de cada una de las formas de

1 Producto derivado de la investigación “Corrupción, democracia y sistema penal. Problemas de atribución de la responsabilidad penal en los delitos asociados a la corrupción pública y privada”, financiada por la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, Código 956 – 000008.

* Director de la Revista Nuevo Foro Penal y abogado-socio de la firma de abogados Arcila y Sotomayor. Contacto: jsotoma@eafit.edu.co

** Docente universitaria, abogada, especialista en derecho penal y magíster en derecho penal. Contacto: mssossa@eafit.edu.co

autoría o participación en estos eventos. En segundo lugar, se identifican, conforme al código penal, los criterios que regulan las figuras de la autoría y, especialmente, la inducción como forma de participación. Finalmente, de acuerdo con las exigencias legales y constitucionales, se determina el alcance de la inducción en cadena como criterio de atribución de responsabilidad penal a los sujetos que ejercen cargos de dirección en el ámbito de la estructura empresarial.

Abstract

This study examines the extent to which successive instigation can be used to attribute criminal responsibility to individuals within a corporate structure, as defined by the Penal Code. A qualitative, deductive analysis of relevant legislation, doctrine, and jurisprudence is conducted. It first explores various criteria proposed for assigning criminal responsibility to executives and middle managers for the criminal acts of their subordinates, weighing the pros and cons of each approach. Second, it identifies the criteria for authorship and, specifically, instigation as a form of participation under the Penal Code. Finally, it determines the scope of successive instigation as a basis for holding corporate managers criminally liable, taking into account Colombian legal and constitutional requirements.

Palabras clave

Autoría, participación, estructura empresarial, inducción, inducción en cadena, responsabilidad penal.

Keywords

Parties to offence, business structure, instigator, successive instigation, criminal responsibility

Sumario

1. Introducción. 2. Problemas de atribución de responsabilidad penal en la estructura empresarial. 2.1. La criminalidad en la estructura empresarial. 2.2. Criterios de atribución de responsabilidad penal en la estructura empresarial. 2.2.1. La comisión por omisión. 2.2.2. La coautoría. 2.2.3. La autoría mediata y el dominio de la organización. 2.2.4. La participación. 3. La inducción como forma de intervención delictiva en la criminalidad empresarial. 3.1. La inducción en el Código Penal. 3.2. El principio de accesoriedad. 3.3. Fundamento punitivo de la inducción. 3.4. Elementos de la inducción. 3.5. La inducción en cadena. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Los fenómenos de corrupción en Colombia afectan en gran medida el orden económico y social a causa de la desviación de los recursos públicos y privados a través de estructuras complejas como conglomerados económicos, empresas privadas, entidades públicas, partidos políticos, organizaciones al margen de la ley, entre otros. Estos fenómenos de corrupción tienen consecuencias devastadoras para el desarrollo del país, pues los perjuicios que ocasionan en los sectores económicos de la sociedad afectan la distribución equitativa de los bienes y servicios públicos. Así mismo, ponen en tela de juicio la efectividad de la administración de justicia, generan inseguridad entre los ciudadanos, fomentan las circunstancias de violencia y comprometen la prevalencia de un orden social justo.

Una intervención penal legítima en este ámbito solo puede lograrse a partir de una interpretación rigurosa de la ley penal en armonía con los principios y libertades fundamentales de un Estado democrático de derecho. Igualmente, un análisis estricto de las formas de autoría y participación posibilita una interpretación más ajustada de lo que es relevante para el derecho penal, así como una atribución más acorde con la actividad efectivamente realizada por el sujeto, dado que una mayor precisión en la imputación jurídica, por un lado, reduce la cantidad de acusaciones injustificadas frente a quienes no están llamados a responder penalmente y, por otro, facilita la investigación de las personas que en efecto intervinieron como autores o partícipes en el delito. Adicionalmente, permite la imposición de sanciones que puedan cumplir con las finalidades constitucionales de la pena al ser proporcionales con la conducta desarrollada.

No obstante, para el derecho penal moderno ha representado un reto brindar modelos de atribución de responsabilidad penal en estos casos y, al mismo tiempo, respetar las garantías propias de un Estado democrático de derecho, debido a la complejidad de estas organizaciones, en tanto son múltiples los individuos que intervienen en su manejo desde diferentes cargos y funciones, realizando cada uno distintas contribuciones en la actividad delictiva.

Ahora bien, en principio los criterios de autoría y participación previstos en el código penal (en adelante C.P.) podrían considerarse suficientes para resolver los problemas de atribución de responsabilidad penal en la estructura empresarial. Sin embargo, cuando —por ejemplo— existen múltiples eslabones en las relaciones verticales de la estructura empresarial, es decir, cuando la orden del directivo no llega de forma directa a quien de manera voluntaria la ejecuta, sino que existen personas en

el medio que comunican esa instrucción e incluso tienen algún grado de decisión sobre esta, suelen proponerse respuestas que parten de la necesidad de que dichos sujetos respondan a título de autores, lo que no siempre resulta satisfactorio ni compatible con las exigencias legales. Pero ello no significa que en tales casos la participación (inducción y complicidad) no pueda ofrecer una solución satisfactoria².

Aun así, algunas figuras de la participación como la inducción³ encuentran en la fórmula legal del art. 30 del C.P. bastantes imprecisiones que dificultan su aplicación, ocasionando en muchos casos impunidad o una responsabilidad penal injustificada, en razón a que este artículo se limita a señalar la sanción a imponer al inductor, mas no describe un límite a esta forma de participación, dejando, entre otras, la duda de si esta figura es o no aplicable a aquellos eventos de inducción en cadena.

La presente investigación se propone precisar el alcance de la inducción en cadena como criterio de atribución de responsabilidad penal en la estructura empresarial, de conformidad con el C.P. colombiano. Con este propósito, en primer lugar, se analizarán las diferentes alternativas que se han propuesto como criterios de atribución de responsabilidad penal a los sujetos que ocupan cargos directivos e intermedios en la estructura empresarial, frente a las conductas delictivas cometidas por los subordinados, así como los obstáculos o ventajas de la aplicación de cada una de las formas de autoría o participación en estos eventos. En segundo lugar, se identificarán los criterios que regulan las figuras de la autoría y, especialmente, la inducción como forma de participación. Y, finalmente, de acuerdo con las exigencias legales y constitucionales, se determinará el alcance de la inducción en cadena como criterio de atribución de responsabilidad penal a los sujetos que ejercen cargos de dirección en el ámbito de la estructura empresarial.

2. Problemas de atribución de responsabilidad penal en la estructura empresarial

2.1. La criminalidad en la estructura empresarial

Se estima que en la actualidad las actividades económicas se desarrollan principalmente a través de la estructura empresarial, donde cabe la posibilidad de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, debido

2 Susana Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*. (León: Universidad de León, 2019), 295.

3 Si bien el C.P. utiliza la expresión *determinación* para denominar dicha forma de participación, este vocablo tiene una connotación multívoca, razón por la cual, a lo largo del trabajo se utilizó el término inducción con el fin de evitar errores o confusiones.

a la tecnificación de la sociedad y al crecimiento de los mecanismos de producción capitalista mediante los cuales se crean profesiones, especializaciones y distintas fases en los procesos de ideación, producción, distribución y comercialización de los productos o servicios ofrecidos en el tráfico económico⁴. Estos aspectos representan una mayor complejidad al interior de la estructura empresarial, en tanto existen relaciones que incluso pueden ser anónimas entre los sujetos que intervienen al interior de la organización⁵.

Por estos motivos, la doctrina suele hablar de “derecho penal económico”, “criminalidad económica” o “criminalidad empresarial”. Sin embargo, estos conceptos son ampliamente discutidos, pues su falta de concreción dificulta una caracterización adecuada, por cuanto incluyen conductas que pueden no realizarse en el seno de la empresa o son demasiado limitados al excluir eventos en los que la estructura empresarial desempeña un papel importante en la imputación penal⁶.

Entre dichas acepciones, el concepto de “criminalidad empresarial” enfoca más la discusión de la delincuencia en el ámbito de la empresa, aunque también encuentra múltiples dificultades al momento de precisar su contenido⁷. No obstante, Schünemann⁸ propone una interesante distinción: a) la criminalidad *de* la empresa⁹ que comprende los delitos que se cometen a través de la empresa; y (b) la criminalidad *en* la empresa¹⁰, que hace referencia a los delitos cometidos por los

4 Maximiliano Aramburo Calle, “La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes”, *Nuevo Foro Penal* 12, n.º68, (2005): 103.

5 *Ibidem*, 4.

6 Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 74.

7 *Ibidem*, 70.

8 Bernd Schünemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, n.º2, (1988): 529-530.

9 En la criminalidad *de* la empresa, Aramburo Calle indica que, con independencia de la discusión que en estos casos se puede presentar sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se pueden generar hechos delictivos en los 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”. En Aramburo Calle, “La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes”, 104.

10 En esta última categoría, Schünemann señala que no se presentan dificultades dogmáticas, criminológicas o político-criminales diferentes a las que se encuentran en los delitos clásicos. En Schünemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa”, 529-530. Escobar Vélez cuestiona dicha afirmación, por cuanto se excluiría de la problemática de la “criminalidad en la empresa” delitos como el de administración

miembros de la empresa en contra de la propia empresa u otros de sus miembros. Son precisamente estos escenarios el contexto de la presente investigación, pero se empleará a tal efecto la expresión “estructura empresarial”, que pareciera más adecuada para comprender el problema jurídico planteado.

Ahora bien, la empresa como organización económica puede presentar diversas estructuras dependiendo de sus necesidades concretas, pues esta no es constante sino dinámica, en la medida de su evolución y crecimiento en el mercado¹¹. En consecuencia, como lo expone Escobar Vélez, “La organización específica que adopte cada empresa será, entonces, un dato esencial en el análisis de la atribución de responsabilidad penal de las personas físicas que actúen en su seno”¹². Aun así, es posible identificar algunos aspectos comunes a las estructuras empresariales¹³, tales como: a) la escisión entre acción y decisión; b) las interacciones horizontales: principios de división del trabajo, especialización y complementariedad; y c) las interacciones verticales: principio de jerarquía y delegación, además de algunos aspectos transversales de la organización empresarial como el principio de confianza y la posible conformación de una actitud criminógena de grupo¹⁴.

La escisión entre acción y decisión es una de las particularidades más destacadas en el ámbito empresarial, pues en este escenario es frecuente que quien toma la decisión no sea la misma persona que la ejecuta¹⁵. En tal dinámica de subordinación a menudo intervienen mandos medios integrados por las personas encargadas de transmitir y coordinar la ejecución de esas decisiones¹⁶.

Adicionalmente, en las interacciones horizontales destaca el principio de división de trabajo. Este principio consiste en hacerse cargo de la adopción de competencias funcionales específicas por parte de los individuos que hacen parte de la estructura empresarial para desarrollar en un momento determinado¹⁷. Esta situación tiene dos subprincipios que abarcan dos consecuencias, esto es, el subprincipio de

desleal, entre otros, en los cuales se presentan problemas de atribución de responsabilidad penal iguales a los que presentan las conductas que se cometan bajo el concepto de “criminalidad de la empresa”. En Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 72.

11 Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 76.

12 *Ibidem*, 77.

13 *Ibidem*, 77.

14 *Ibidem*, 77-78.

15 *Ibidem*, 77.

16 *Ibidem*, 78.

17 *Ibidem*, 80.

especialización, en tanto la división de trabajo implica la aparición de ámbitos de competencia que se relacionan entre sí y el subprincipio de complementariedad, dado que, esos ámbitos de competencia no se ejecutan de forma autónoma, sino que están relacionados con el plan común de la organización¹⁸.

De esta situación surge la aplicación del principio de confianza en el seno de la empresa, aspecto que tiene amplia aceptación en la doctrina. De hecho, se considera uno de los protagonistas esenciales en el ámbito de la estructura empresarial, debido a su íntima vinculación con los principios de división del trabajo, especialización, complementariedad y jerarquía¹⁹.

El principio de confianza surge de la presunción de responsabilidad de los sujetos que interactúan en determinadas actividades, pues la división del trabajo implica la liberación, en circunstancias particulares, del control de las actuaciones de los demás²⁰. Tales circunstancias son determinadas por un contexto específico (el ámbito empresarial), así como la distinción de las funciones entre los sujetos, con el fin de identificar su aplicabilidad. El principio de confianza en la estructura empresarial puede mostrarse de dos maneras diferentes. En primer lugar, cuando el sujeto que sigue en la cadena de actuación realiza sus labores de manera adecuada, como se espera de él. En segundo lugar, cuando las actividades realizadas por un sujeto dependen de la preparación previa de un tercero²¹.

El principio de confianza se puede aplicar tanto en las relaciones verticales como en las relaciones horizontales de la estructura empresarial, mas no es absoluto. Por ejemplo, suelen reconocerse excepciones a su aplicación:

[...] a) la confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad; b) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa; y c) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes²².

18 Ibidem, 80-81.

19 Ibidem, 84.

20 Percy García Caverro. *Derecho penal económico, parte general*. (Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2003), 422-423.

21 Ibidem, 423.

22 Ibidem, 424-425. En sentido similar, Javier Augusto Torres López, "La responsabilidad penal del empresario: entre el principio de confianza y la ignorancia deliberada", en *Derecho penal corporativo: reflexiones de primera línea*, dir. Mauricio Pava Lugo y Andrés Felipe Díaz Arana. (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2019), 72-78.

Aun así, las dificultades evidenciadas en las interacciones humanas en el entorno empresarial no se limitan a la determinación de los criterios a partir de los cuales tiene aplicación el principio de confianza, sino, como pone de relieve Agustina Sanllehí, estas interacciones tienen, “[...] por sus propias motivaciones y particularidades, una delincuencia con unas características específicas, que de algún modo guardan relación con ese entorno”²³. Luego, existen múltiples factores significativos en las interacciones que surgen dentro de la empresa que desencadenan la comisión de algunas conductas delictivas que, si bien no explican de manera absoluta la ocurrencia de actos ilícitos en este escenario, pueden propiciar un entorno que estimula la comisión de ciertas actividades ilícitas²⁴.

En estos patrones delictivos es posible identificar elementos criminógenos como “la ausencia de controles y la atmósfera de anonimato”²⁵. En los factores individuales y sociales del sujeto se incluye su formación profesional, su nivel socio económico, sus ideas preconcebidas o sus costumbres²⁶. Finalmente, como factores determinantes de la dimensión organizacional de la empresa, está el orden normativo de la empresa y la posición o cargo que el sujeto ocupa al interior de la estructura, además de las relaciones de jerarquía o subordinación que en ocasiones producen una importante desigualdad entre las partes²⁷.

Al respecto, Silva Sánchez²⁸ se cuestiona si los efectos de los sesgos cognitivos de los sujetos y las dinámicas de los grupos a los que pertenece tienen alguna influencia en la atribución de la responsabilidad penal, especialmente cuando se trata de sujetos que intervienen en estructuras empresariales. El autor aborda esta problemática desde dos perspectivas:

[...] (i) en primer lugar, los postulados del *behavioral law and economics*; y (ii) en segundo término, las doctrinas de la psicología social acerca de las dinámicas de grupo. Podría sostenerse que estos dos enfoques se corresponden con dos condicionantes de la medida de tal responsabilidad penal individual. Desde el *behavioral law and economics* se explora ante todo la dimensión interna de la toma

23 José R. Agustina Sanllehí. *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intraempresarial y deberes de control del empresario*. (Barcelona: Atelier, 2010), 49.

24 *Ibidem*, 54.

25 *Ibidem*, 50.

26 *Ibidem*, 50-54.

27 *Ibid.*

28 Jesús-María Silva Sánchez (Dir.) y Raquel Montaner Fernández (Coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. (Barcelona: Atelier, 2013), 265.

de decisiones (apartándose el concepto fundamental de los sesgos cognitivos); la *psicología social*, por su parte, explora la dimensión externa (el contexto y el proceso) de dicha toma de decisiones. Con todo, esto no significa en absoluto que no existan solapamientos entre las observaciones de una y otra disciplina²⁹.

Según este autor, la presencia de estas distorsiones en los planos cognitivos y volitivos si bien por regla general no tienen la capacidad de excluir la responsabilidad penal, pueden generar atenuaciones en la sanción debido “[...] a la disminución de la conciencia de la antijuridicidad y en parte a la disminución de la exigibilidad”³⁰. Por estos motivos, como explica Escobar Vélez³¹, es imprescindible analizar el grado de vinculación o pertenencia a la empresa de los sujetos que intervienen en la conducta delictiva, dado que, en algunos casos, podría menguar el grado de responsabilidad penal.

Al margen de lo anterior, se añade la problemática adicional del tipo de delitos que con frecuencia se cometen en el ámbito empresarial, pues es un hecho aceptado por la doctrina mayoritaria que en la estructura empresarial se presentan con más frecuencia los delitos especiales³².

En esa medida, se muestran fundamentales todas las consideraciones a las que remita el tipo penal que se configure en este escenario, pues en armonía con los requisitos específicos de las distintas formas de autoría o participación, se incluyen las exigencias propias del tipo penal que se analiza.

Como puede verse, las diversas interacciones que se presentan en una estructura empresarial no permiten que los criterios de atribución de responsabilidad penal en este escenario sean uniformes³³. Por este motivo, en la doctrina se han planteado diferentes alternativas que han pasado por todas las formas de autoría y participación, hasta la imputación de la conducta delictiva en comisión por omisión, con el fin de establecer criterios que permitan solucionar los problemas de atribución de responsabilidad penal a las personas que ejercen cargos directivos (mandos altos o intermedios) en el seno de la estructura empresarial, por las conductas delictivas cometidas por los subordinados

29 Ibidem, 265-266.

30 Ibidem, 283.

31 Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 87.

32 Luis Gracia Martín, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, homenaj. Klaus Tiedemann, contrib. Luis Arroyo Zapatero. (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995), 91.

33 Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 149.

en ejercicio de sus funciones o el acatamiento de una orden. Luego, como se analizará a continuación, la elección de estas soluciones en el escenario planteado ha dependido del supuesto fáctico específico, la regulación legal de cada país y la prevalencia que se otorgue a la relación entre las estructuras del ser y los datos normativos, es decir, si la atribución de responsabilidad debe estar fundamentada en aspectos fácticos o si el juicio de desvalor debe ser, principalmente, o incluso exclusivamente, normativo.

2.2. Criterios de atribución de responsabilidad penal en la estructura empresarial

2.2.1. La comisión por omisión

La comisión por omisión se ha mostrado como una opción bastante llamativa en la doctrina al momento de atribuir responsabilidad penal a los sujetos que ejercen cargos de dirección en la estructura empresarial por los delitos cometidos por los subordinados en cumplimiento de sus funciones. Al respecto, Batista González³⁴ señala que la comisión por omisión es una herramienta útil para resolver los problemas que se presentan en las organizaciones empresariales complejas, especialmente las dificultades que surgen debido a la fragmentación entre la acción y la responsabilidad en este escenario. Luego, la posición de garante de los sujetos que integran los órganos de dirección se produce por la asunción sobre los procesos de riesgo que se generan en la empresa (personas o cosas), “[...] bien en relación con el dominio sobre la causa del resultado o en relación con la idea de la competencia sobre un ámbito de organización”³⁵.

Por otra parte, Roxin reconoce la necesidad de atribuir responsabilidad penal en calidad de autores a los directivos que “[...] hayan instigado, fomentado (o favorecido) o no impedido como era su deber”³⁶, los delitos cometidos por los subordinados y que estén relacionados con las actividades de la empresa³⁷. Desde esta perspectiva, encuentra que ante la falta de una regulación legal expresa sobre las conductas de dichos sujetos:

34 María Paz Batista González, “La responsabilidad penal de los órganos de la empresa”, en *Curso de derecho penal económico*, dir. Enrique Bacigalupo. (Madrid: Marcial Pons, 2005), 89.

35 Ibid.

36 Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*. Tomo II, 2^o edición, traducción por Diego Manuel Luzón Peña y Miguel Díaz y García Conlledo. (Madrid: Civitas, 2003), 124.

37 Ibid.

[...] se puede deducir de la posición de garante del directivo una autoría por omisión; pues esta no queda excluida por el hecho de que el garante que no evita el resultado haya intervenido además activamente en la realización del delito. Pero no se trata de casos de dominio activo del hecho³⁸.

En contraste con las posiciones anteriores, Demetrio Crespo³⁹ opina que fundamentar la responsabilidad penal de las personas que ejercen cargos de dirección en la estructura empresarial a partir de la posición de garante o los delitos de infracción de deber, además de una renuncia a la idea del dominio, también supone una contradicción con un concepto puramente normativo del injusto. Lo anterior, no debe suponer una presunción generalizada de la posición del garante del directivo respecto de todos los hechos delictivos cometidos por los subordinados, sino que es necesario realizar un análisis del caso concreto, además de la regulación que el ordenamiento jurídico establece para esta figura y para la autoría y participación⁴⁰.

Ahora bien, el problema de la comisión por omisión es la búsqueda de la identidad estructural entre la no evitación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y el comportamiento activo o la puesta en marcha de un proceso de riesgo tendiente a la producción de un resultado⁴¹.

En Colombia, la cláusula de equiparación que fundamenta la posición de garante se encuentra regulada en el art. 25 del C.P., la cual genera algunas dificultades interpretativas, dado que pareciera incluir fundamentos diferentes y, excluyentes entre sí, de la posición de garante, tales como: a) las teorías formales⁴²; b) las teorías materiales⁴³; y c) la teoría del ámbito de dominio⁴⁴. Adicionalmente, la Corte

38 Ibidem, 125.

39 Eduardo Demetrio Crespo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. (Madrid: Lustel, 2009), 37.

40 Ibidem, 181.

41 Jesús María Silva Sánchez. *Estudios sobre los delitos de omisión*. (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004), 231.

42 La teoría formal fundamentaba la posición de garante en un deber jurídico de actuación impuesto en la constitución, la ley o un actuar precedente originado en obligaciones contractuales respecto de la obligación de actuar en beneficio del bien jurídico. En Santiago Mir Puig. *Derecho penal, parte general*. 10 edición. (Barcelona: Reppertor, 2016), 318.

43 La teoría material fundamenta la posición de garante en la relación específica que tenía el sujeto con el bien jurídico, es decir, de un compromiso cierto y efectivo con el bien jurídico a partir de un deber concreto de protección y deber de custodia de una fuente de riesgo para el bien jurídico. Ibid.

44 La teoría del ámbito de dominio desarrollada por Schünemann es una variante de la teoría material, que parte de la crítica a las concepciones formales del deber jurídico, en el sentido de que las mismas crean identidad, pero entre la omisión pura y la comisión por omisión. No obstante, para hablar de

Constitucional ha extendido la interpretación del art. 25 del C.P. en el sentido de un ámbito de competencias⁴⁵, pese a que tal criterio no aparece mencionado ni es deducible de dicho artículo⁴⁶. Como si fuera poco, el párrafo del texto normativo ofrece una complicación adicional, debido a que limita la aplicación de las causales descritas en los numerales 1, 2, 3 y 4 a las conductas punibles que atentan contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales, lo que ha dado lugar a algunas interpretaciones jurisprudenciales extremadamente amplias del párrafo inicial del mencionado artículo, quizás con la idea de no dejar por fuera la comisión por omisión en delitos que protegen bienes jurídicos diferentes a los mencionados allí:

Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente⁴⁷.

Esta interpretación parece no obstante contradictoria, pues la concepción formal de la posición de garante, que sin duda es la que más extiende la intervención penal, sería en principio aplicable a todos los delitos, mientras la concepción penalmente

una verdadera identidad estructural entre la conducta omisiva y la conducta activa, debe existir un dominio sobre la situación de riesgo, es decir, la asunción del control proceso de riesgo. En Bernd Schünemann, "El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión", en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, coord. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Madrid: Edisofer, 2008), 1619-1630. En igual sentido, Luis Gracia Martín, "La comisión por omisión en el derecho penal español", *Nuevo Foro Penal* 12, n.º61 (1999): 123 ss.

45 Corte Constitucional, sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, (M.P. Eduardo Montealegre Lynett). En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 25.889, (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, abril 26 de 2007).

46 Véase, Juan Oberto Sotomayor Acosta, "El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual", en *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje al profesor Nódier Agudelo Betancur*, tomo 1, coord. Fernando Velásquez Velásquez et al. (Bogotá: Ibáñez y otras, 2013), 288-291.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 25.536, (M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, julio 27 de 2006), 16.

más restrictiva, cual es la material, quedaría circunscrita a los bienes jurídicos más relevantes, como la vida y libertad personal, entre otros. Quizás se podría entender que una cobertura más amplia de la punición condujera a una interpretación más restrictiva de la posición de garante, pero no al revés.

Además, entender que en la primera parte del art. 25 C.P. se fundamenta la posición de garante en la existencia de una “obligación constitucional o legal de actuar”, parece ir en contravía del mismo texto legal, que exige, *a tal efecto*, que el agente tenga a su cargo la protección *en concreto* del bien jurídico o la vigilancia de la fuente de riesgo. Luego, una interpretación más ajustada al texto legal debería entender que los numerales de esta norma no son más que ejemplos de eventos en los cuales podría configurarse una posición de garante, siempre y cuando, en dichas situaciones el sujeto haya asumido en concreto una función de protección del bien jurídico o la vigilancia de una determinada fuente de riesgo⁴⁸. Solo en estos casos puede entenderse que la omisión supone materialmente un desvalor típico equivalente al de la acción.

Con todo, aunque no se desconoce que las conductas omisivas tienen relevancia en el entorno empresarial debido a los múltiples procesos de riesgo que se desatan en este escenario, además de la existencia de sujetos que ejercen funciones concretas de protección de bienes jurídicos o de contención de riesgos, lo cierto es que esta vía resulta insuficiente, pues no abarca los supuestos fácticos en los que el directivo no omite, sino que realiza una acción en sentido estricto (v. gr., emite una orden), eventos en los cuales habría, asimismo, que determinar si dicha acción supone, por sí sola o en conjunto con otra, la realización del tipo (autoría) o si se trata de una contribución (por inducción o complicidad) al hecho de otro.

2.2.2. La coautoría

Frente al análisis de conductas activas, un sector importante de la doctrina encuentra en la coautoría una alternativa viable para solucionar los criterios de atribución de responsabilidad penal individual en el entorno empresarial. Al respecto Schünemann considera apropiada la aplicación de la coautoría, dado que el administrador:

48 Faltaría aún por aclarar los alcances del párrafo del art. 25 C.P., dado que ello supondría que el legislador restringió la punición de la omisión impropia solo a aquellos delitos que protegen la vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales. Podría en tal caso cuestionarse la constitucionalidad de esta decisión legislativa, toda vez que en situaciones de equivalencia material de lesión o peligro de un bien jurídico diferente a los incluidos en el párrafo, no hay razones que justifiquen que el legislador decida sancionar solo los comportamientos activos y no los omisivos.

[...] por un lado, tiene una posición de garante [...], y, por otro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, aisladamente calificables de inducción y participación omisiva, unidas solo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de la coautoría⁴⁹.

Desde una perspectiva más normativa, Gómez-Jara Díez opina que la figura de la coautoría se muestra útil para solucionar algunos problemas de responsabilidad penal individual en la estructura empresarial, especialmente la de los miembros que hacen parte de los órganos de dirección, dado que:

[...] *la existencia de una organización estructurada fundamentalmente en el régimen de división de trabajo fundamenta la vinculación de las aportaciones de los distintos partícipes*, debiendo atenderse a la unidad de sentido global que adquieren dichas aportaciones en virtud de la vinculación referida y el peso cuantitativo de cada una de ellas. En ese sentido, la imputación objetiva se constituye en un criterio decisivo, para determinar normativamente cuando existe una vinculación comunicativamente relevante entre las distintas aportaciones⁵⁰.

En contraste con lo anterior, Meini Méndez⁵¹ estima que se presentan importantes dificultades en la atribución de coautoría para estos eventos, en virtud de la clasificación misma de estas estructuras organizadas, por cuanto no es posible afirmar la presencia de igualdad de poderes o división de funciones no subordinadas. Asimismo, Cerezo Mir⁵² opina que no es fácil considerar la existencia de una resolución común en virtud de un acuerdo de voluntades para la ejecución de la conducta delictiva entre los diferentes eslabones de la estructura empresarial, esto es, mandos altos, medios y bajos.

Ahora bien, en Colombia, “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”. Esta deficiente definición legal ha dado lugar a interpretaciones variadas y confusas, prevaleciendo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la perspectiva del dominio funcional del hecho, al menos como punto de partida general. Esta

49 Bernd Schünemann, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa, dificultades relativas a la individualización de la imputación”, trad. Beatriz Spínola Tártalo, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. LV (2002): 19.

50 Carlos Gómez-Jara Díez. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico, parte general y parte especial*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 185.

51 Iván Meini Méndez. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 135.

52 José Cerezo Mir. *Curso de derecho penal español, parte general. Teoría Jurídica del Delito*. Tomo III. (Madrid: Tecnos, 2005), 218.

teoría del dominio funcional del hecho desarrollada por Roxin implica la satisfacción de tres requisitos principales. El primero es el *plan común*, fundamentado en la interdependencia alternativa de los coautores, que les permite actuar en conjunto, sin que sea necesario que los sujetos se conozcan entre sí, pues basta que cada uno sepa que junto a él intervienen otros con el mismo fin⁵³.

Además del plan común, el coautor debe cumplir una función *esencial* en la realización del hecho⁵⁴. Son esenciales aquellas contribuciones sin las cuales el plan criminal decaería. Si bien se trata de un criterio impreciso, se ha intentado diferenciar aquellos aportes esenciales de los no esenciales a partir de criterios como el de necesidad o de escasez⁵⁵. Finalmente, esa esencialidad de la contribución se debe prestar en la fase ejecutiva⁵⁶.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha optado en la mayoría de los casos por suprimir la exigencia del aporte en la fase ejecutiva de la conducta delictiva, configurando lo que ha denominado “coautoría impropia”:

[...] la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el art. 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores quienes, “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte”; se puede deducir, ha dicho la Sala, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito⁵⁷.

El enfoque de la “coautoría impropia” se ha aplicado de manera preferente en el juzgamiento de los altos mandos de grupos paramilitares, guerrillas y fuerzas militares que cometen delitos que atentan contra el derecho internacional humanitario con ocasión del conflicto armado, pero también ha sido utilizada en otros escenarios propios del derecho penal ordinario. Con todo, se trata de una figura que parece ir en contravía de la construcción del dominio funcional del hecho, pues desde tal perspectiva la coautoría siempre exige una aportación en la fase ejecutiva de la conducta, pues solo en este caso puede entenderse que la configuración del hecho depende de la contribución esencial de un número plural de sujetos y, por ello, solo

53 Roxin. *Derecho penal. Parte general*, 146-148

54 Ibidem, 157.

55 Ibidem, 157-159.

56 Ibidem, 151.

57 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 50.394, SP298, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, julio 25 de 2018), 15.

en la medida de que así suceda, se les puede atribuir el hecho como una realización conjunta. La renuncia al requisito esencial de la ejecución conjunta de la conducta delictiva conduce, tal como afirma Demetrio Crespo⁵⁸, a la confusión de la coautoría con cualquiera de las formas de participación en el hecho ajeno, especialmente con la figura de la complicidad.

En efecto, esta línea jurisprudencial desconoce que conforme a la ley colombiana también en la complicidad puede existir un acuerdo común, división del trabajo, identidad del delito y sujeción a un plan establecido y, pese a ello, el C.P. de todas maneras distingue entre coautores (art. 29) y cómplices (art. 30)⁵⁹. En realidad, conforme al C.P. la coautoría se diferencia de la complicidad en la *importancia del aporte* (art. 29)⁶⁰ y bien podría entenderse en este sentido que la mayor importancia de la aportación del coautor radica no solo en su esencialidad, sino también, en su realización en fase ejecutiva.

Desde esta interpretación un poco más estricta de la norma es viable la imputación de la coautoría a los sujetos que ejercen cargos directivos e intermedios en la estructura empresarial, siempre y cuando, en acuerdo común (previo, simultáneo, expreso o tácito) y con división del trabajo, en la fase ejecutiva, contribuyan a la realización de la conducta punible con un aporte esencial para su concreción. Estos requisitos imponen ciertas dificultades para que estos sujetos puedan responder penalmente en calidad de coautores, especialmente si se requiere su intervención en la fase ejecutiva, debido a que una de las características principales de la estructura empresarial es la fragmentación entre la acción y la decisión⁶¹, pero el papel del intérprete consiste en establecer el tratamiento que la ley penal dispensa a la conducta realizada y no el de modular la ley a aquello que el intérprete estima conveniente.

En consonancia con lo anterior, cuando la conducta del directivo se limita a generar una orden o una directriz enfocada a la comisión de un hecho antijurídico, que además pasa por diferentes intermediarios antes de que sea ejecutada por

58 Demetrio Crespo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 41.

59 Sotomayor Acosta, "El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual", 292.

60 En esta línea la regulación legal permite inclusive una interpretación aún más restrictiva de la coautoría, como es la desarrollada por Díaz y García Conlledo a partir de una concepción de la autoría como determinación objetiva y positiva del hecho, pues podría perfectamente entenderse que la mayor importancia de la conducta del coautor radica en que por sí misma determina de manera objetiva la realización del tipo. En Miguel Díaz y García Conlledo. *La Autoría en Derecho Penal*. (Barcelona: PPU, 1991).

61 Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 352.

el autor, no hay coautoría, pues no se puede afirmar que, además de la ideación del plan criminal, exista una división material del trabajo o incluso que su aporte sea importante cuando la conducta ejecutada excede los límites de su experticia, experiencia o solo puede ser desarrollada por un sujeto especializado. En cualquier caso, también se echa de menos uno de los requisitos de la coautoría que es el dominio funcional del hecho y la intervención en la fase ejecutiva de la conducta.

2.2.3. La autoría mediata y el dominio de la organización

La autoría mediata ha sido una de las propuestas más discutidas dentro de la doctrina para solucionar los problemas de atribución de responsabilidad penal en el ámbito de la estructura empresarial, en especial lo que tiene que ver con la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder⁶².

Ahora bien, la aplicación de la autoría mediata en el ámbito de la empresa es posible en distintos eventos⁶³: a) la utilización de coacción o procedimientos similares que pongan al sujeto en la obligación de actuar, quien se convierte en instrumento debido a las situaciones de necesidad o miedo insuperable del subordinado hacia el director; y b) el engaño o aprovechamiento de un error, debido al único o mejor conocimiento del sujeto de atrás, pues en la mayoría de los casos dentro de la estructura jerárquica empresarial, el directivo tiene una percepción fáctica más completa que el autor.

Si se parte de la teoría del dominio del hecho, la autoría mediata comprende la ejecución del hecho a través de otro mediante su instrumentalización, es decir, el sujeto de atrás (autor mediato) domina la voluntad de quien ejecuta la acción típica (sujeto de adelante). Esta situación se diferencia de la inducción, en tanto esta última simplemente crea en otro la resolución criminal, pero en ningún momento se presenta un dominio de la voluntad, mucho menos del hecho, puesto que quien determina el sí y el cómo de la ejecución de la conducta punible sigue siendo el autor⁶⁴.

Roxin⁶⁵ ha establecido que son tres las diferentes manifestaciones de autoría mediata: a) por utilización o coacción que ponen al sujeto en una situación de necesidad (dominio de la voluntad en virtud de coacción); b) por utilización, creación o aprovechamiento de un error en el sujeto de adelante (dominio de la voluntad en

62 Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 221.

63 *Ibidem*, 269-279.

64 Roxin. *Derecho penal. Parte general*, 84.

65 *Ibid.*

virtud de un error); y c) por utilización de un aparato organizado de poder (dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder)⁶⁶.

Desde esa perspectiva, las interacciones propias del ámbito empresarial, la estructura predominantemente jerárquica de esta, además de los altos índices de desigualdad y pobreza existentes en Colombia⁶⁷, son aspectos que sin lugar a duda propician algunos de los casos previstos para la configuración de la autoría mediata en estos contextos.

En el primer supuesto de autoría mediata, el subordinado que ejecuta acciones delictivas ordenadas por los directivos de la empresa puede verse envuelto en diversos estados de necesidad, ya sea por amenazas o situaciones extremas ocasionadas por los mismos directivos o por acontecimientos externos como una profunda pobreza o el acceso inequitativo de los bienes y servicios⁶⁸.

Igualmente, pueden ser comunes los eventos de utilización, creación o aprovechamiento de un error en el sujeto de adelante. En primer lugar, debido a la *reificación* propia de las relaciones de mercado. Honneth⁶⁹ estima que la reificación implica la tendencia a percibir las relaciones de cambio de una manera en extremo objetiva, lo cual significa un olvido del reconocimiento del otro que nos lleva a percibir a los demás como simples objetos, generando que las personas pierdan la capacidad para comprender la conducta de los otros. Adicionalmente, por regla general, los

66 Para Roxin, los casos de inimputables en cuanto se tratan de personas con trastornos psíquicos o causas de inimputabilidad, comprenden una mezcla entre error y coacción, sea porque el sujeto no puede comprender que realiza algo ilícito o sabiendo que su conducta es ilícita no puede evitarla. En la doctrina se ha generado un intenso debate respecto de cuál es el nivel de coacción necesario para entender que existe un dominio de la voluntad. La opinión mayoritaria se acoge al principio de responsabilidad desarrollado por Roxin, el cual consiste en la acreditación de un estado de necesidad exculpante, es decir, que en la conducta del ejecutor se cumplan los requisitos de dicha causa de ausencia de responsabilidad. *Ibidem*, 85.

67 De acuerdo con la información de la Encuesta Nacional de Presupuesto de los Hogares - ENPH 2016-2017 realizada por el DANE para el año 2023, la línea de pobreza a nivel nacional fue de \$435.375, que equivale a un crecimiento de 9,7% respecto a la línea de 2022 ubicada en \$396.864. Fuente: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-monetaria>. (Consultado el 03-10-2024).

68 Por ejemplo, el miedo insuperable se concibe como el temor ante el advenimiento de un mal, en la cual debe prevalecer la valoración parcial que el autor realiza de intereses especialmente cercanos cuando se encuentran en conflicto con intereses ajenos y no es posible resolver la controversia de manera objetiva, dado que, se presentan sucesos en los cuales no es posible exigir a las personas una conducta diferente a la protección de sus propios bienes o los de sus allegados. En Daniel Varona Gómez, "El miedo insuperable y la ética del hormiguero: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta", *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12, (2010): 61-96.

69 Axel Honneth. *Reificación: Un estudio en la teoría del reconocimiento*. (Buenos Aires: Katz, 2007), 31.

sujetos que ejercen cargos de dirección tienen un conocimiento más global sobre el funcionamiento de la empresa. Ello, aunado a la configuración específica del orden normativo de la empresa y la posición o cargo que el sujeto ocupa al interior de la estructura, además de los posibles sesgos cognitivos que se generan en este entorno y que alteran de manera considerable la percepción o el conocimiento que tiene el sujeto sobre la realidad⁷⁰.

Con todo, no es posible atribuir responsabilidad penal en calidad de autor mediato al directivo que imparte una orden o directriz orientada a la ejecución de una conducta punible que termina siendo realizada por un autor culpable⁷¹.

Precisamente por el obstáculo que representa el requisito de instrumentalidad en la autoría mediata, el debate doctrinal ha girado, principalmente, en torno a la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Roxin⁷² desarrolló esta teoría como una modalidad de autoría mediata en la que el autor (mediato) se vale de una estructura ilícita a través de la cual garantiza la ejecución de sus decisiones. Se trata de un dominio de la organización, donde la fungibilidad de los ejecutores es la característica principal de la misma, pues de esta manera cualquiera puede ejecutar la decisión sin que sea necesario el uso del engaño, la coacción o procedimientos similares para lograr este propósito⁷³.

70 Los sesgos individuales son: a) sesgo de exceso de confianza; b) sesgo de exceso de optimismo; c) ilusión de control; d) sesgo de la confirmación; y e) sesgo egoísta. Asimismo, los sesgos colectivos son: a) sesgo de conformidad; b) el efecto de obediencia de autoridad; y c) efecto del rol asumido. En Jesús María Silva Sánchez, "Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo", en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, dir. Jesús-María Silva Sánchez, coord. Raquel Montaner Fernández. (Barcelona: Atelier, 2013), 276-280.

71 Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 266. En estos casos falta la instrumentalización que caracteriza a la autoría mediata, aunque resultan discutibles los casos en los que el autor termina respondiendo de forma atenuada por haber actuado en un error de prohibición vencible. Así, un calificado sector doctrinal afirma la autoría mediata inclusive en supuestos de error vencible de prohibición, en los que habría entonces un autor inmediato (que actúa con dolo y culpabilidad atenuada) y un autor mediato plenamente responsable, dando lugar a fenómenos de "autor tras el autor"; cfr. Miguel Díaz y García Conlledo, "Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos", *Nuevo Foro Penal* 3, n.º 71 (2007): 115-144. No obstante, debe aclararse que con esta expresión un sector de la doctrina se refiere sólo a los casos en los cuales ambos autores, mediato e inmediato responden penalmente de manera plena, mientras que otro sector doctrina ha entendido que esta expresión abarca los supuestos de responsabilidad plena para ambos sujetos y los supuestos de responsabilidad atenuada del ejecutor. Al respecto, Eva Fernández Ibáñez. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. (Granada: Comares, 2006), 86 y ss.

72 Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. (Barcelona: Marcial Pons, 2000), 271-273.

73 Ibid.

Desde ese punto de partida, un sector minoritario de la doctrina ha trasladado esta teoría a la estructura empresarial. Entre los defensores de esta opción se encuentra Meini Méndez⁷⁴, quien resalta la aplicabilidad y los resultados que ofrece la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización en los escenarios de la criminalidad estatal organizada, la criminalidad de la empresa y el derecho penal internacional.

Por el contrario, un amplio sector de la doctrina encabezado por el propio Roxin⁷⁵ se opone a dicha solución, al entender que la autoría mediata en virtud de aparatos de poder representa una extensión desproporcionada de la autoría si es aplicada a los sujetos que ejercen cargos directivos en la estructura empresarial u otras organizaciones jerárquicas que no realizan sus funciones al margen de la ley, pues “[...] en ese caso falta por regla general la intercambiabilidad de los ejecutores, tal y como se da en las organizaciones que se han desvinculado (o desligado o separado) del Derecho respecto de los tipos penales realizados por ellas”⁷⁶. Entiende Roxin que si un sujeto que ejerce cargos de dirección al interior de una empresa incita a su subordinado a realizar una conducta delictiva, en el evento de que esta se consuma, el director solo responderá como inductor, en tanto la expectativa del subordinado es la desobediencia ante las ordenes antijurídicas⁷⁷.

Díaz y García Conlledo⁷⁸ también se aparta de la opción de trasladar la teoría del dominio de la organización al ámbito de la estructura empresarial, dado que, por regla general, las empresas no cuentan con las siguientes características determinantes de la teoría desarrollada por Roxin: a) los aparatos organizados de poder deben tener un carácter netamente criminal, mientras las empresas operan en el ámbito económico dentro del marco de la legalidad; y b) en el seno de la empresa no existe la garantía de que la instrucción dada por el directivo se va a cumplir, pues el requisito de la fungibilidad no es tan evidente⁷⁹.

Además de las razones anteriores, la inaplicabilidad de la figura se hace más evidente si se tiene en cuenta que no se encuentra una consagración expresa en el

74 Iván Meini Méndez. *El dominio de la organización en Derecho Penal*. (Perú: Palestra, 2008), 171-203.

75 Roxin. *Derecho penal. Parte general*, 121.

76 Ibid.

77 Ibidem, 122.

78 Miguel Díaz y García Conlledo, “Delincuencia organizada y en organizaciones problemas de autoría y participación”, *Revista Lusitana*, n.º4/5 (2007), 131-132.

79 Ibid.

derecho positivo colombiano. Y si bien la Corte Suprema de Justicia⁸⁰ ha aceptado su aplicación en casos relacionados con el conflicto armado, dicha construcción pareciera ser producto de una analogía *contra reo*, en tanto excede el tenor literal de la ley⁸¹. Además de las contradicciones internas que desde una perspectiva sociológica tiene la misma elaboración de la teoría, pues cuando se habla de la organización en sentido abstracto, se acude a una *metafísica de las figuras sociales*, inviable desde el punto de vista planteado por Roxin.

Sobre el particular, Elías⁸² indica que, debido a unos hábitos específicos de pensamiento, es difícil no incurrir en una *metafísica de las figuras sociales*, es decir, en un modelo mental que separa al individuo de la sociedad. En este evento, las figuras sociales (la familia, la escuela, la industria, la empresa, el Estado) se perciben como objetos independientes de los individuos que las componen, circunstancia que dista de la configuración o interdependencia propia de las relaciones sociales, pues la sociedad debe ser interpretada como la expresión de relaciones materiales concretas entre individuos, como un entramado de relaciones o de movimientos individuales que ocurren en el tiempo (larga o corta duración), pero que en ese proceso componen un conjunto.

En ese orden de ideas, no es posible pensar en la organización sin una referencia a los individuos concretos que la componen en determinado tiempo y lugar. Luego, si debido a la supuesta fungibilidad de los sujetos, alguno de los individuos que conforma la organización desaparece, la organización como se conoce hasta ese momento también lo hace y así, el dominio que pueden llegar a tener los sujetos sobre la misma.

80 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 51.916, SP707, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, marzo 06 de 2019): “Antes bien, encuentra respaldo en antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con la teoría del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder, que en el caso concreto habría obedecido a una valoración probatoria rigurosa, realizada con arreglo a los supuestos condicionantes de la sana crítica. En efecto, para año el 2011, jurisprudencia consolidada de la Corte enseñaba que en aplicación de la figura de la autoría mediata era viable predicar responsabilidad tanto de quien había ejecutado personalmente el hecho criminal, como de quien no concurriendo materialmente a su realización se encontraba vinculado al mismo en virtud de su pertenencia, con cierto poder de mando, al aparato organizado de poder. [...] el elemento fundamental para la aplicación de esa postura jurídica estriba, en la expedición de órdenes específicas que van descendiendo jerárquicamente en la línea de mando, de manera que vinculan tanto a quien las profirió, como al que las transmitió y a aquel que efectivamente las ejecutó, siempre y cuando todos conozcan y compartan el cometido inserto en la orden primigenia. A título de ejemplo, que el comandante ordene el crimen, los gestores reciban la orden y la transmitan a los ejecutores, proporcionando los medios para su materialización”, 40-41.

81 Sotomayor Acosta, “El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual”, 292-296.

82 Norbert Elías. *Sociología fundamental*. (Barcelona: Gedisa, 1970), 13-18.

Por estas razones, las formas de participación como posibles criterios de responsabilidad penal en el contexto de la empresa adquieren una especial relevancia cuando existen supuestos fácticos en los cuales las diferentes formas de autoría se muestran insuficientes o imprecisas. Por ejemplo, cuando el aporte del directivo o intermediarios con algún poder de decisión se limita a la fase preparatoria del delito y, este es cometido por un subordinado que actúa con conocimiento, voluntad y culpabilidad.

2.2.4. La participación

Al margen de la doctrina que otorga prevalencia a la atribución de la autoría en cualquiera de sus modalidades para las personas que ejercen cargos de decisión y dirección en el seno de la estructura empresarial, un sector minoritario prevé la posibilidad de atribuir responsabilidad penal por participación en algunos eventos, especialmente, a las personas que se encuentran en mandos intermedios dentro de la organización frente a las conductas delictivas cometidas de manera voluntaria por los subordinados.

En párrafos anteriores se advirtió que Díaz y García Conlledo⁸³ se aparta de la posibilidad de trasladar la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder desarrollada por Roxin a la criminalidad de la empresa, pues cuando se presenta plena autonomía por parte del ejecutor del hecho delictivo no es posible aplicar la figura de la autoría al sujeto de atrás, dado que en ese caso se trata de incitar o motivar en otro la decisión de cometer el delito. Por este motivo, la inducción aparece como una posible solución a este problema. Lo anterior, aunado al hecho de que las consecuencias punitivas son las mismas, pues en la mayoría de los ordenamientos jurídicos la pena prevista para el inductor es la misma pena prevista para el autor⁸⁴.

Adicionalmente, Díaz y García Conlledo encuentra que una situación frecuente en la estructura empresarial es que la comunicación de las decisiones pasa por diferentes eslabones hasta que llega al ejecutor⁸⁵. En estos casos, sin embargo, la aplicación de la inducción simple puede no ser tan clara puesto que la orden del directivo no llega de forma directa a quien de manera voluntaria la ejecuta, sino que existen personas en el medio que, conservando poder de decisión sobre esta, comunican esa instrucción. Es

83 Miguel Díaz y García Conlledo, "Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos", *Nuevo Foro Penal* 3, n.º 71, (2007), 125-126.

84 *Ibid.*

85 Díaz y García-Conlledo, "Delincuencia organizada y en organizaciones. Problemas de autoría y participación", 124-125.

en estos supuestos fácticos, más usuales en grandes y medianas empresas debido a los principios de división del trabajo, especialización y complementariedad, en los que podría recurrirse a la figura de la inducción en cadena⁸⁶.

Ahora bien, en relación con la inducción el C.P. simplemente afirma: “el que determine a otro a realizar la conducta antijurídica”, pero la amplitud de la redacción legal deja en duda múltiples aspectos relativos a su aplicación, tales como la exigibilidad de una relación causal directa entre el inductor y el inducido o si es posible la aplicación de la inducción en cadena. De la misma manera, queda en duda cuáles son los supuestos fácticos en los que se puede imputar esta forma de participación, así como su alcance y determinación concreta a partir de los criterios de imputación objetiva.

Así las cosas, en lo que sigue se analizará esta forma de participación, con el objetivo de verificar, conforme al C.P., el alcance de la inducción en cadena como criterio de atribución de responsabilidad penal de los cargos directivos e intermedios en la estructura empresarial.

3. La inducción como forma de intervención delictiva en la criminalidad empresarial

Teniendo en cuenta que en la estructura empresarial pueden presentarse supuestos fácticos delictivos en los que no concurren las condiciones necesarias para calificar de autoría la conducta de los sujetos que ejercen cargos de dirección, es preciso identificar cuáles son los elementos y el alcance de la inducción como forma de participación, con el fin de establecer si en el escenario de la estructura empresarial es posible su aplicación a los sujetos que, sin intervenir en la fase ejecutiva de la conducta punible, emitieron la orden para que esta fuera ejecutada de manera voluntaria por los subordinados de la empresa, especialmente cuando la orden no se emite de manera inmediata a quien la ejecuta, sino que existen personas en el medio que, conservando poder de decisión sobre esta, la comunican a quien finalmente realiza la conducta delictiva.

3.1. La inducción en el C.P.

A lo largo de la historia se han empleado diferentes denominaciones para referirse a esta forma de participación, tales como *determinación*, *inducción*,

86 La aplicación de esta figura resulta especialmente problemática en países como España, cuya legislación requiere que la inducción se realice de manera directa.

instigación y autoría intelectual, otorgando, en algunos casos, un alcance diferente según el respectivo contenido semántico. Estas diferentes denominaciones dificultan en gran medida la comprensión de la figura y por lo tanto su aplicación.

El C.P., de manera constante, ha denominado esta forma de participación como *determinación*. Sin embargo, este vocablo tiene una connotación multívoca que puede generar confusión, pues se trata de una terminología que también describe conductas propias de autoría.

Ahora bien, el art. 28 del C.P. establece que “Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”. A partir de esta diferenciación inicial se puede concluir, sin lugar a duda, que el C.P. asume un concepto restrictivo de autor⁸⁷.

Las distintas modalidades de autoría se encuentran descritas en el art. 29⁸⁸ del C.P. y en el 30 las diferentes formas de participación, esto es, la inducción (o determinación) y la complicidad, y en el que de manera expresa se consagra la regla de la accesoriedad limitada, por cuanto la responsabilidad penal del partícipe depende de una conducta al menos típica y antijurídica realizada por el autor. En el párrafo final del art. 30 se regula también el tratamiento de la participación en los delitos especiales⁸⁹.

Ahora bien, todas las construcciones restrictivas del concepto de autor admiten que el autor es quien realiza el tipo penal. No obstante, el inconveniente se presenta al momento de establecer cuáles conductas realizan el tipo penal, para lo cual se han

87 Véase, Fernando Velásquez Velásquez. *Fundamentos de derecho penal general*. (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018), 586-589; Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho penal. Parte General: Teoría del delito y de la pena*. (Bogotá: Ibáñez, 2011), 814-819; Jesús Orlando Gómez López. *Tratado de Derecho Penal: Parte general, La tipicidad*. (Bogotá: Doctrina y Ley, 2005), 1023-1025; Alberto Suárez Sánchez. *Autoría*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 247-248; Mario Salazar Marín. *Autor y partícipe en el injusto penal*. (Bogotá: Ibáñez, 2011).

88 En un evidente yerro de técnica legislativa, en el párrafo tercero de este artículo se regula también la cláusula del *actuar en lugar de otro*, propiciando el equívoco de entender esta figura como una forma de autoría y excluyendo la posibilidad de aplicarla en supuestos de participación. Al respecto, Susana Escobar Vélez, “El actuar en lugar de otro en el C.P. colombiano. Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3”, *Cuadernos de Investigación*, n.º44, (2006): 1-39.

89 A pesar de ello la jurisprudencia de manera equivocada ha entendido que el *extraneus* que interviene en un delito especial codominando materialmente el hecho es un “coautor no cualificado” (al que denomina *interviniente*) y no un partícipe; cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 57.851, SP1281, (M.P. Diego Eugenio Corredor, mayo 29 de 2024). También véase en sentido crítico a Miguel Córdoba Angulo, “La figura del interviniente en el derecho penal colombiano”, *Derecho Penal y Criminología*, n.º75 (2004): 71-96; Miguel Díaz y García Conlledo, “La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; ‘el interviniente’ del artículo 30, párrafo final”, *Derecho penal y criminología* 26, n.º77, (2005): 45-78.

propuesto criterios objetivo-formales, objetivo-materiales, el dominio del hecho y la determinación objetiva y positiva del hecho, entre muchos otros⁹⁰.

Dada la amplitud del texto legal, en el mismo podrían encontrar cabida prácticamente todas las teorías mencionadas. Sin embargo, tanto la doctrina mayoritaria⁹¹ como la jurisprudencia⁹² han acogido las premisas generales de la teoría del dominio del hecho, según la cual el autor es la “[...] figura central del suceso delictivo, es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que los partícipes, si bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo, no configuran de manera decisiva o determinante su ejecución”⁹³. En consecuencia, la determinación de la figura central del hecho delictivo dependerá de los elementos objetivos y subjetivos de cada tipo penal⁹⁴.

Así las cosas, en la estructura empresarial responderán penalmente como autores en cualquiera de sus modalidades quienes dominen el acontecer delictivo. En el mismo sentido, responderán penalmente como partícipes, quienes sin tener el dominio del hecho contribuyan a la realización de la conducta punible.

Adicionalmente, se estima que la característica fundamental del concepto restrictivo de autor es el principio de accesoriedad, dado que la ley penal regula la conducta de la persona que determina el sí y el cómo del hecho, mientras que los demás intervinientes tienen una dependencia fáctica y jurídica respecto de

90 Una descripción detallada de estas teorías puede consultarse en Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 108-146. Dada su relevancia, véase también a Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. (Barcelona: Marcial Pons, 2000), 53-80; y a Díaz y García Conlledo. *La Autoría en Derecho Penal*, 690-691.

91 Véase a Velásquez Velásquez *Fundamentos de derecho penal general*, 586 y ss., también, Fernández Carrasquilla. *Derecho penal: Parte General: Teoría del delito y de la pena*, 811 y ss., entre otros.

92 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el artículo 29 del C.P. desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, entre muchas otras, en las siguientes providencias: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 52.590, SP994, (M.P. Eyder Patiño Cabrera, marzo 24 de 2021); Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 52.642, SP4763, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, diciembre 02 de 2020); Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 51.916, SP707, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, marzo 06 de 2016); Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 47.960, AP4303, (M.P. Eugenio Fernández Carlier, julio 05 de 2017); Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 48.993, SP6118, (M.P. Eugenio Fernández Carlier, mayo 03 de 2017); Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 44.425, AP7149, (M.P. Eyder Patiño Cabrera, diciembre 02 de 2015); Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 42.293, SP8346, (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, julio 01 de 2015); Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 36.784, SP5065, (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, abril 28 de 2015); Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 43.211, AP726, (M.P. Eugenio Fernández Carlier, febrero 18 de 2015).

93 Roxin. *Derecho penal. Parte general*, 69.

94 *Ibidem*, 68-70.

aquel⁹⁵. Desde ese punto de vista, los autores tienen una responsabilidad autónoma, mientras que la intervención del partícipe es secundaria.

3.2. El principio de accesoriadad

La accesoriadad como dependencia jurídica del partícipe con el autor se manifiesta desde dos componentes: a) el elemento *cuantitativo* se refiere al grado de desarrollo que debe alcanzar la conducta del autor para castigar a los partícipes⁹⁶, lo cual solo es posible cuando se configura al menos una tentativa (art. 27 del C.P.); y b) el aspecto *cualitativo*, según el cual la responsabilidad penal del partícipe presupone una conducta ilícita (típica y antijurídica) por parte del autor, sin que sea relevante una posible exclusión o disminución de su culpabilidad⁹⁷.

No obstante, un sector de la doctrina encuentra inconvenientes político-criminales en la atribución de responsabilidad penal de los directivos en calidad de partícipes por las conductas delictivas que realizan los subordinados en la estructura empresarial, pues entiende que no se puede considerar accesoria la conducta del sujeto que determina, así sea solo a través de una orden, la comisión del delito, pues como sujeto que ejerce cargos de dirección en una organización mediante la cual se pueden cometer conductas punibles, debe entenderse como la figura central del acontecer delictivo⁹⁸.

Sin embargo, si el derecho penal se entiende dirigido a la protección de bienes jurídicos, resulta que la figura central del hecho es quien con su conducta los lesiona o los pone en peligro. Luego, si no se da ni siquiera el inicio de la ejecución de la conducta punible por parte de un sujeto que actúa de manera antijurídica, tampoco tiene porqué responder penalmente quien dio la orden, por cuanto esta no se concretó en una conducta ilícita. En realidad, un directivo podrá entenderse

95 Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 99.

96 Gómez López. *Tratado de Derecho Penal: Parte general, La Tipicidad*, Tomo III, 1034.

97 Aunque no se descarta la existencia de casos excepcionales en los que se pueda apreciar la inducción frente a un hecho antijurídico realizado por un autor inculpable, la mayoría de los supuestos de inducción implican la concurrencia de todas las categorías del delito, es decir, de una conducta típica, antijurídica y culpable. De hecho, como lo señala Gómez Rivero, considerando las particularidades de la inducción como la conservación del dominio del hecho por parte del autor, en esos casos es necesario establecer los límites en los que la ausencia o disminución de la culpabilidad no implica una autoría mediata. En María del Carmen Gómez Rivero. *La inducción a cometer el delito*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1995), 95-113.

98 Francisco Muñoz Conde. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*. (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001), 523.

administrativamente como la figura central de la empresa, pero eso por sí solo no lo convierte en la figura central de todo lo que ocurra al interior de la misma. En realidad, el derecho penal solo está legitimado para sancionar las conductas que lesionan o ponen en peligro efectivo (art. 9 del C.P.) los bienes jurídicos objetos de tutela, pero no para castigar al sujeto (o castigarlo más) por el solo hecho de ocupar un cargo directivo en una organización o por el mal ejemplo que su conducta pueda suponer desde el punto de vista de una ética empresarial.

Ahora bien, el hecho de que la conducta del directivo pueda ser accesoria, no significa que el reproche va a ser menor en términos punitivos, dado que la gravedad de la sanción dependerá del riesgo que estas conductas representen. Por ejemplo, en Colombia el inductor responde con la misma pena del autor.

3.3. Fundamento punitivo de la inducción

Sobre el fundamento del castigo de la participación se han planteado dos grandes teorías: a) las teorías de la corrupción o de la culpabilidad; y b) las teorías de la contribución a la lesión del bien jurídico⁹⁹. Las primeras afirman que el castigo del partícipe se basa en la corrupción que este ha provocado en el autor, por lo cual la culpabilidad del partícipe depende de la culpabilidad del autor. En otras palabras, se sustenta en el hecho de un autor culpable que fue creado o apoyado por el partícipe¹⁰⁰. Sin embargo, esta tesis perdió sentido con la adopción del principio de accesoriidad limitada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, dado que no se requiere de un autor culpable para aceptar la responsabilidad del partícipe¹⁰¹.

En cambio, de la idea de la contribución a la lesión del bien jurídico se han derivado diversas posiciones que dependen del valor que se le concede al principio de accesoriidad. Entre ellas se encuentran: a) la teoría pura de la causación; b) la teoría de la causación orientada a la accesoriidad; y c) una tercera opción que intenta lograr un equilibrio entre las anteriores¹⁰².

Las teorías puras de la causación defienden la idea de un injusto del partícipe independiente del injusto del autor. En un inicio se planteó, de manera radical, el abandono del principio de accesoriidad y el castigo del partícipe por el solo hecho de haber provocado dolosamente el resultado antijurídico. Una posición

99 Santiago Mir Puig. *Derecho penal, parte general*. (Barcelona, Reppertor, 2016), 410-411.

100 Ibid.

101 Ibid.

102 Escobar Vélez. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 300.

más moderada vincula el injusto del partícipe al hecho del autor a partir de simples condiciones de punibilidad¹⁰³.

La teoría de la causación orientada a la accesoriedad deduce la responsabilidad del partícipe de un injusto ajeno, es decir, del injusto del autor. No obstante, admite que la accesoriedad es solo una condición necesaria, pero no suficiente para derivar la responsabilidad del partícipe¹⁰⁴. Por este motivo, surge una tercera vía al entender que cuando se habla de participación, al igual que en el tipo de comisión doloso, la intervención del partícipe no solo debe aportar causalmente al resultado, sino que debe ser imputable objetivamente, es decir, el actuar del partícipe comprende un ataque autónomo al bien jurídico determinable mediante los criterios generales de imputación objetiva¹⁰⁵. Con esto se aclara que el injusto del partícipe “[...] se deriva en parte del injusto del autor, pero en parte es también independiente y autónomo”¹⁰⁶. Es accesorio en tanto existe una dependencia fáctica y jurídica respecto del hecho del autor, pero es autónomo debido a que su aporte o colaboración comprende por sí mismo un ataque independiente al bien jurídico¹⁰⁷.

Si se realiza una interpretación sistemática del C.P. es posible concluir que se ubica en la última tesis, dado que en el art. 30 se acoge de manera expresa al principio de accesoriedad limitada y el art. 9 establece que “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”. En ese orden de ideas, el injusto del partícipe es accesorio al injusto del autor, pero a su vez la acción del partícipe debe crear un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual se debe concretar en el resultado típico. En tales circunstancias, los delitos de resultado que se cometan en el seno de la empresa, con independencia de la calidad en la que los sujetos intervengan o los cargos que ocupen, deben ser valorados y fundamentados a partir de los criterios de imputación objetiva.

Ahora bien, el art. 30 del C.P. impone al inductor la misma pena prevista para el autor, aspecto sobre el cual se han propuesto diversas razones para justificar dicha equiparación¹⁰⁸. Atendiendo a la regulación legal, la tesis más plausible al respecto pareciera ser aquella que encuentra la validez de dicha equiparación punitiva en la

103 Roxin. *Derecho penal. Parte general*, 208.

104 *Ibidem*, 2013.

105 *Ibidem*, 206.

106 *Ibidem*, 207.

107 *Ibid.*

108 Cfr. Gómez Rivero. *La inducción a cometer el delito*, 56-65.

valoración del riesgo que supone la conducta del inductor, en tanto es él quien *crea* en el autor la decisión de cometer el delito, teniendo en cuenta que en todo caso esta pena solo procede si dicho riesgo se concreta en la adopción de la resolución criminal y el inicio de ejecución de la conducta antijurídica por parte del autor¹⁰⁹.

Si bien muchos de los supuestos fácticos de inducción pueden merecer una pena menor¹¹⁰, la equiparación de la pena del inductor con la pena del autor podría tener más sentido en algunos escenarios de la empresa, pues el sujeto que ocupa cargos de dirección es quien con su conducta crea riesgos jurídicamente desaprobados mediante la inducción de los sujetos subordinados a la comisión de conductas punibles. Luego, el riesgo que se concreta en el resultado es el riesgo creado por el autor, pero también por el inductor, pues sin su participación, la conducta punible no se hubiera consumado o, por lo menos, iniciado.

Con todo, para que exista inducción no basta con la sugerencia de una idea criminal, sino que debe concurrir una serie de elementos necesarios para afirmar que esa conducta, además de ser accesorio a la conducta del autor, implica por sí sola un ataque independiente al bien jurídico tutelado.

3.4. Elementos de la inducción

Velásquez¹¹¹ explica que a inducción consiste en originar una resolución delictiva en otro sujeto, a través de cualquier medio idóneo y eficaz para ello, por lo tanto, quien tiene pleno dominio del hecho es el sujeto inducido.

Los métodos adecuados para inducir o determinar al autor pueden ser variados: orden, mandato, consejo, pago, convenio, propuesta, ofrecimiento y, en general, cualquier medio idóneo para tal propósito. Sin embargo, no existe inducción si la

109 En el mismo sentido, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho penal, parte general*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 443-444.

110 Un sector importante de la doctrina cuestiona la equiparación punitiva que existe entre la conducta del autor y el inductor. Al respecto, Roxin manifiesta que, con acierto la doctrina ha cuestionado con bastante frecuencia la equiparación punitiva que existe entre la conducta del inductor y la del autor, pues no se puede desconocer que algunos supuestos de inducción se acercan más a otras formas de participación que de autoría, además de que no es lo mismo determinar a otro a cometer una conducta punible que, en efecto, cometerla. Ante este panorama, una previsión legal más adecuada le otorgaría la facultad al juez de atenuar la pena en algunos casos. En Roxin. *Derecho penal. Parte general*, 273-274. Desde una oposición más radical, Sánchez-Vera señala que es posible que la inducción merezca una sanción inferior a la prevista para el autor del injusto, considerando que se trata de la participación en un hecho ajeno que implica un menor desvalor de acción. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, "En los límites de la inducción", *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2 (2012): 4-5.

111 Velásquez Velásquez. *Fundamentos de derecho penal general*, 590-591.

determinación a cometer el delito se realiza mediante la coacción o el engaño, dado que en estos casos el sujeto de atrás respondería como autor mediato¹¹².

En principio, se puede deducir que son inductores los sujetos que ejercen cargos de dirección en la estructura empresarial cuando ordenan, proponen, aconsejan, ofrecen una remuneración económica o utilizan cualquier otro medio adecuado (que no corresponda a la coacción o al error) para que los sujetos subordinados cometan conductas punibles.

Además de lo anterior, debe existir un vínculo entre la conducta del inductor y el hecho principal antijurídico cometido por el autor que se verifica a partir de criterios de imputación objetiva¹¹³.

El análisis de la imputación objetiva en la fase preparatoria del delito presenta algunos problemas específicos que dificultan la comprobación del nivel de peligro requerido para que la conducta del inductor tenga la capacidad de crear la decisión criminal en el autor, motivo por el cual resultan relevantes los parámetros planteados por Gómez Rivero¹¹⁴ con el fin de brindar una solución adecuada a este inconveniente. De acuerdo con la autora, estos parámetros se dividen en dos grupos en los que se debe tener en cuenta “[...] si la incitación introduce elementos que confieren objetivamente viabilidad al plan, o lo presenta de un modo más ventajoso subjetivamente”¹¹⁵. En el primer grupo están los eventos en los cuales el inductor presenta un plan delictivo concretado en sus particularidades, circunstancia que no implica el suministro de información sobre lugares, horas o fechas de ejecución de la conducta punible, sino la inclusión de elementos incentivadores que evidencien una verdadera oportunidad de cometer el delito como los beneficios o la probabilidad de éxito¹¹⁶.

Asimismo, están los casos en los que el inductor proporciona información o herramientas relevantes que posibilitan o garantizan la comisión del delito y determinan la resolución del autor para cometer la conducta punible, incluso cuando no ha presentado un plan delictivo concretado en sus particularidades¹¹⁷.

En el segundo grupo se encuentran los casos en los que el inductor presenta las ventajas o beneficios de cometer la conducta punible, cuando la inducción está

112 Gómez López. *Tratado de Derecho Penal: Parte general. La Tipicidad*, 1060-1063.

113 Velásquez Velásquez. *Fundamentos de derecho penal general*, 590.

114 Gómez Rivero. *La inducción a cometer el delito*, 78.

115 *Ibidem*, 80.

116 *Ibidem*, 81-82.

117 *Ibidem*, 82.

acompañada de una recompensa, o cuando el inductor se vale de medios que limitan con casos de autoría mediata¹¹⁸. En esos eventos es posible afirmar que la conducta del inductor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que deberá imputarse objetivamente en caso de concretarse en la realización de la conducta por parte del autor.

Adicionalmente, tal como lo advierte Gómez Rivero¹¹⁹, el análisis de los riesgos penalmente relevantes en la conducta del inductor debe complementarse con los *especiales conocimientos del inductor* sobre los factores externos o internos que pueden influir en la conducta del destinatario.

Así las cosas, en la estructura empresarial los sujetos que ejercen cargos de dirección, en principio, responderán como inductores cuando a partir de su posición de poder y los conocimientos especiales que poseen sobre la empresa o la actividad económica que desarrollan en la organización, con ocasión a sus funciones de dirección o administración, induzcan a los subordinados a cometer una o varias conductas punibles, mediante un plan objetivamente viable o subjetivamente ventajoso para sí mismos, la empresa o el sujeto que ejecuta el hecho delictivo.

Por otra parte, en virtud del aspecto cuantitativo del principio de accesoriedad, el análisis no se agota en la idoneidad o nivel de peligro de la conducta instigadora, sino que debe existir por lo menos un principio de ejecución por parte del autor, es decir, que la conducta alcance el grado de tentativa para entender que la contribución del inductor fue eficaz y en consecuencia punible¹²⁰, siempre y cuando, dicho inicio de ejecución pueda entenderse como concreción del riesgo creado por la acción del inductor. En esa medida, el desistimiento del inductor seguirá siendo posible, mientras tenga la capacidad de desincentivar de manera suficiente la acción delictiva por parte del autor¹²¹.

Adicionalmente, crear una resolución delictiva implica que debe ser una idea novedosa y no el refuerzo de una intención delictiva adoptada de manera previa por el autor (*omnimodo facturus*)¹²². En ese evento se descarta la inducción, pero si se

118 Ibidem, 84.85.

119 Ibid.

120 Gómez López. *Tratado de Derecho Penal: Parte general. La Tipicidad*, 1031-1033.

121 Antonio Vicente Arenas. *Comentarios al Código Penal colombiano*. (Bogotá: Temis, 1983), 121.

122 Gómez López señala que sólo puede haber *instigación* si la voluntad que surge en el *instigado* de cometer el delito es nueva, de lo contrario no será aplicable la figura, por ejemplo, si sólo se refuerza una idea criminal ya concebida de manera autónoma por el autor, se configura la complicidad psíquica. En Gómez López. *Tratado de Derecho Penal: Parte general. La Tipicidad*, 1065-1066.

cumplen los requisitos para ello se puede configurar una complicidad psíquica¹²³. En esta misma dirección, dado que la inducción consiste en la creación en el autor de la resolución delictiva, ello supone un comportamiento activo y doloso¹²⁴, en un doble sentido: que el inductor dirija su conducta (dolo) a crear en el autor la resolución delictiva y, también, que el autor tome la decisión de cometer el delito (dolo) en razón del comportamiento del inductor.

El dolo funciona como límite de la responsabilidad penal del inductor, motivo por el cual, en principio, el partícipe no debe responder penalmente por los excesos cometidos por el autor¹²⁵, ni siquiera ante la configuración de un dolo eventual frente a esa conducta delictiva, dado que, si bien no hay dudas sobre el reconocimiento del dolo eventual en el art. 22 del C.P., también se debe admitir que el dolo es eventual, precisamente, porque no es posible afirmar la existencia de una voluntad dirigida a la consumación de un hecho antijurídico¹²⁶, requisito indispensable en la conducta del inductor. En esa medida, no debe considerarse punible la inducción con dolo eventual ni la inducción a un hecho punible cometido con dolo eventual, puesto que inducir implica tener la voluntad de hacer nacer en otro la resolución de cometer un hecho antijurídico, circunstancia que, tal como se encuentra regulado en derecho positivo, no se cumple en el dolo eventual¹²⁷.

A pesar de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en diferentes providencias¹²⁸ ha establecido que “[...] no existe ningún obstáculo para imputar el resultado a título de dolo *eventual* al determinador, por el *conocimiento* del riesgo concreto inherente a la ejecución del comportamiento instigado y sus implicaciones concretas, libradas al azar”¹²⁹. La Corte señala que la perspectiva más adecuada para analizar estos

123 Fernández Carrasquilla. *Derecho penal: Parte General: Teoría del delito y de la pena*, 885.

124 Velásquez Velásquez. *Fundamentos de derecho penal general*, 590.

125 Gómez López. *Tratado de Derecho Penal: Parte general. La Tipicidad*, 1039-1040.

126 Juan Oberto Sotomayor Acosta, “El dolo eventual como forma autónoma de realización subjetiva del tipo”, en *Un Juez para la democracia, Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, dir. Guillermo Portilla Contreras y Fernando Velásquez Velásquez, coord. Esther Pomares Cintas y Juan Luis Fuentes Osorio (Madrid: Dykinson, 2019), 585-586.

127 Ibid.

128 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 20.860, (M.P. Herman Galán Castellanos, septiembre 15 de 2004); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 32.964, (M.P. José Leónidas Bustos Martínez, agosto 25 de 2010); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 46.263 (SP1526), (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, mayo 09 de 2018) entre otras.

129 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 45.889, SP1569, (M.P. Patricia Salazar Cuéllar, mayo 09 de 2018), 54-55.

casos supone la prevalencia del elemento cognitivo del dolo sobre el elemento volitivo, pues se entiende que el sujeto está conforme con el resultado típico si se lo ha representado como probable y no hace nada para evitarlo. Sin embargo, tal planteamiento presenta bastantes inconvenientes, pues restar relevancia al elemento volitivo del dolo aumenta las dificultades que se presentan al momento de distinguir los supuestos de dolo eventual y culpa con representación, dado que en ambos casos el elemento cognitivo es el mismo, por cuanto se requiere que el sujeto se haya representado el resultado típico como probable¹³⁰. Además, desconoce los requisitos esenciales de la inducción, pues esta exige que la voluntad esté inequívocamente dirigida no solo al surgimiento de una resolución criminal en el autor, sino a la realización de una conducta punible determinada.

De hecho, la comprobación de la tipicidad subjetiva de la conducta del inductor requiere de una correspondencia entre el contenido de la resolución criminal y la conducta finalmente ejecutada por el autor. La inducción no consiste en crear en alguien alguna idea criminal, en abstracto; por el contrario, exige que el inductor dolosamente cree en el autor la decisión de realizar un hecho (típico y antijurídico) *determinado* (matar a otro, apoderarse de la cosa ajena, etc.)¹³¹; luego, pese a la línea jurisprudencial ya mencionada, se insiste, la inducción no consiste solamente en la creación objetiva del riesgo de que el autor realice alguna conducta delictiva, sino una conducta concreta; y, subjetivamente, que dirija su comportamiento en esa dirección.

Ahora bien, no siempre es una tarea sencilla comprobar la congruencia entre el dolo del inductor y el hecho punible ejecutado, puesto que la norma no contiene criterios para este propósito y la doctrina se ha limitado a establecer que el contenido de la inducción no requiere una descripción detallada de todos los elementos del tipo, pero tampoco basta una abstracta referencia al hecho al que se induce¹³².

Al respecto Gómez Rivero¹³³ propone algunos criterios que podrían posibilitar un mínimo de concreción del hecho, de acuerdo con el dolo del inductor,

130 Sotomayor Acosta, "El dolo eventual como forma autónoma de realización subjetiva del tipo", 586.

131 Gómez Rivero. *La inducción a cometer el delito*, 381-391.

132 *Ibidem*, 383-385.

133 *Ibidem*, 391-398.

advirtiendo, en todo caso, que “[...] todo intento de fijar unitariamente, para cualquier tipo de incitación, cuál sea ese contenido mínimo del dolo del inductor está, de antemano, condenado al fracaso”¹³⁴, debido a la profunda conexión de la referencia subjetiva con la valoración de las diferentes maneras en las que la inducción adquiere peligrosidad¹³⁵.

Con todo, la autora parte de dos niveles de análisis, “[...] por un lado, al tipo al que incita; por otro, los extremos fácticos en que se plasma la incitación”¹³⁶. En el primer nivel se tiene que, como consecuencia de la dependencia fáctica y jurídica del partícipe respecto de la conducta del autor, no hay dudas de que el dolo del inductor debe estar dirigido a la consumación de uno o varios delitos, circunstancia que opera como un primer filtro de la responsabilidad penal del inductor, pues la conducta ejecutada debe tener la misma adecuación típica del hecho inducido¹³⁷. En ese caso, será la forma en la que la inducción adquiere peligrosidad (valoración de la imputación objetiva) la que determinará la necesidad de un trabajo interpretativo sobre los indicios y circunstancias concurrentes para su verificación¹³⁸.

En lo relacionado con los mínimos aspectos fácticos que debe comprender el dolo del inductor, se tiene que la identidad del objeto de la inducción “[...] dependerá del papel, fungible o no, que tenga en la configuración del riesgo contenido en la incitación”¹³⁹, es decir, si es un plan concretado en sus detalles o no. Cuando se trata de un plan presentado de manera ampliamente descriptiva, el dolo cumple una función indiscutible de límite a la responsabilidad penal¹⁴⁰. No obstante, en el caso contrario, el objeto de la inducción:

134 Ibidem, 391.

135 Ibid.

136 Ibid.

137 Ibid.

138 Ibidem, 391-395.

139 Ibidem, 397.

140 Ibid.

[...] deberá valorarse simplemente como expresión de uno de los posibles resultados que fungiblemente comprende, de tal modo que, como veremos más adelante, caso de que el inducido cambiase su identidad –siempre, lógicamente, que ese cambio no determine una alteración típica–, el resultado seguirá quedando comprendido genéricamente por el dolo del inductor, y le será, por tanto, imputable en cuanto tal¹⁴¹.

Por otra parte, el sujeto sobre el que recae la inducción debe estar determinado o, por lo menos, ser determinable¹⁴², dado que la instigación genérica a delinquir ya se encuentra tipificada en el art. 348 del C.P. Es posible, por tanto, la inducción a un delito especial, siempre y cuando, el autor cumpla con la calidad exigida por el tipo. Asimismo, cuando el inductor no tenga las calidades especiales exigidas para el autor, debería proceder la atenuación de la pena prevista en el párrafo final del art. 30 C.P. Sin embargo, como ya se explicó atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁴³ ha señalado que esta rebaja de pena solo procede para el “coautor *extraneus*” que interviene en la realización de un delito especial, mientras que los inductores (cualquiera sea su calidad) deben responder con la pena prevista para el autor. No obstante, no existen razones político-criminales que justifiquen la extensión de la pena prevista para el autor del delito especial (*intraneus*) al inductor *extraneus*, por

141 Ibid.

142 Gómez López. *Tratado de Derecho Penal: Parte general. La Tipicidad*, 1064.

143 Corte, Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 51.444, SP2339, (M.P. Eyder Patiño Cabrera, julio 01 de 2020): “Por lo tanto, sostiene ese órgano de justicia, la figura del interviniente únicamente opera frente a los delitos especiales, y la sanción penal, en abstracto, para los partícipes de un delito especial no se ve afectada por el hecho de que tengan o no, las condiciones especiales exigidas en el tipo penal. Y en cuanto al determinador, la pena será la misma que para el autor, tanto en delitos especiales, como en delitos comunes, ‘y en ningún caso puede ser objeto de la disminución punitiva del interviniente’. Finalmente, respecto de la interpretación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, “el concepto de interviniente, contenido en la Ley 599 de 2000, artículo 30, inciso 4º, se refiere exclusivamente a los “coautores” extraneus de un delito especial”, considera que se ajusta al derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable. En todo caso, recuerda que el hecho de que la Corte Constitucional se haya pronunciado sobre esta interpretación en concreto, no limita la potestad de la Corte Suprema de Justicia, “de interpretar el derecho penal colombiano, incluida la disposición en comento, de una forma diferente, dentro de los límites del respeto a los principios constitucionales y aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad”, 47-48.

cuanto las conductas carecen del mismo desvalor, en primer lugar, porque el partícipe no cuenta con la calidad exigida por el tipo penal y, por ende, carece de la capacidad para vulnerar por sí mismo el bien jurídico (total o plenamente, según se trate de un delito especial propio o impropio, respectivamente); y en segundo lugar, porque a diferencia del coautor, el inductor no domina el hecho antijurídico. Por eso la vulneración de los principios de proporcionalidad e igualdad tornan insostenible el mantenimiento de la interpretación jurisprudencial.

Finalmente, no es punible la inducción por omisión, dado que su configuración solo es compatible con una conducta comisiva dolosa, circunstancia que se diferencia de la inducción dolosa a cometer un delito de omisión¹⁴⁴.

Como puede verse, a pesar de las dificultades interpretativas suscitadas por la ambigüedad de las normas que han regulado la conducta del inductor en los últimos años, tanto la redacción legal como los requisitos generales para su configuración han sido constantes. De la misma manera, la importancia del principio de accesoriadad como criterio rector al momento de su aplicación.

Así las cosas, en la estructura empresarial la atribución de responsabilidad penal en calidad de inductor se limita a los sujetos que, en ejercicio de sus funciones y de manera dolosa, emiten una orden, mandato, propuesta, consejo o cualquier medio encaminado a influir en el ánimo del subordinado, con el fin de que, de manera dolosa y voluntaria, cometa una conducta delictiva específica, creando así un riesgo jurídicamente desaprobado.

Lo anterior, sin embargo, no resuelve por completo el problema planteado en un inicio, esto es, si los directivos pueden responder penalmente como inductores cuando la inducción no se realiza de manera directa, sino que existen sujetos que actúan como intermediarios en la estructura empresarial (con independencia de si es una relación vertical u horizontal) que comunican estas decisiones e incluso deciden si se transmite la orden (propuesta, consejo, etc.) de realizar una conducta delictiva.

144 Velásquez Velásquez. *Fundamentos de derecho penal general*, 592.

Por este motivo, para verificar la viabilidad de la inducción en cadena en el ordenamiento jurídico, además del fundamento y los requisitos de la inducción, se deben analizar las posibles limitaciones incluidas en regulación legal de esta forma de participación, además de las dificultades dogmáticas que se presentan al establecer el vínculo entre el primer inductor de la cadena y el hecho antijurídico cometido por el autor principal.

3.5. La inducción en cadena

La forma en la que se analiza la relación del primer sujeto que induce con el sujeto que realiza la conducta típica es el problema principal de los supuestos de inducción en cadena, pues de ello depende que responda penalmente o no, ya sea porque su actuación se entiende como una inducción al hecho antijurídico principal, en el primer caso, o porque se considere no punible debido a la falta de contacto directo con el ejecutor¹⁴⁵, en el segundo supuesto. También existe la posibilidad de que responda como inductor, si se acepta que su conducta no está directamente vinculada al hecho principal, sino al injusto de inducción que es accesorio al hecho delictivo cometido por el autor¹⁴⁶.

Por ese motivo, como pone de relieve Gómez Rivero¹⁴⁷, es necesario establecer cuál es el hecho que sirve como referencia a la acción del inductor, si el hecho principal o un nuevo hecho de inducción, lo cual dependerá de la fórmula legal de la participación y del fundamento material de la figura.

Conforme al art. 30 del C.P., como se explicó de manera previa, es posible fundamentar la equiparación punitiva de la conducta del inductor con la del autor, a partir de la valoración del riesgo creado por el inductor. Así, el

145 Gómez Rivero. *La inducción a cometer el delito*, 118-121.

146 Sobre estos supuestos, en la doctrina se encuentran tres marcadas posiciones: a) la participación de la participación se asume como participación en el hecho principal; b) la participación de la participación se entiende como participación en la conducta amplificada por la figura del inductor o el cómplice y; c) la participación de la participación no debe ser punible. En Enrique Gimbernat Ordeig. *Autor y cómplice en derecho penal*. (Buenos Aires: B de F, 2006), 287-288.

147 Gómez Rivero. *La inducción a cometer el delito*, 120.

cumplimiento de los requisitos de la inducción en cada eslabón de la cadena, más que una dificultad representa un límite, tendiente a garantizar su aplicación solo a conductas que realmente constituyan formas de inducción, en las que el riesgo creado por cada sujeto inductor sea el mismo que se concretó en el resultado típico. Estas condiciones en el marco de la estructura empresarial garantizan que, con independencia del cargo que se ocupe, los sujetos que cometan conductas punibles respondan penalmente solo por la conducta realmente ejecutada.

De esta manera, la exigencia de la comprobación del riesgo creado por el inductor cuando el destinatario adopta la resolución delictiva y la ejecuta, impone límites a la aplicación de figuras como la inducción en cadena, dado que la imputación objetiva, además de un vínculo causal, exige criterios valorativos que limitan a la eventual responsabilidad penal de los sujetos que intervienen en la comisión de una conducta punible, circunstancia que, a su vez, incrementa los requisitos para su configuración.

Es importante resaltar que la peligrosidad e inminencia de la influencia psíquica no desaparecen ni disminuyen si la relación entre el primer inductor y el autor no es inmediata¹⁴⁸, pues la acción de inducir no solo está encaminada a la inducción de otro sujeto, sino que el dolo se dirige, finalmente, a la realización de la conducta delictiva, en tanto la acción de inducir por inducir carece de relevancia típica. Esta circunstancia también permite afirmar que la inducción a la inducción es la inducción al hecho principal como lo establece el art. 30 del C.P. cuando señala que responderá como inductor quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica. Además, como explica Zaffaroni¹⁴⁹, el injusto del partícipe no es autónomo, sino que depende fáctica y jurídicamente del injusto realizado por el autor, por lo tanto, así no sea inmediata, su conducta siempre debe tener un vínculo con el injusto del autor.

148 Sobre el particular, Gómez Rivero advierte que: “[...] en esta sucesión el juicio de peligrosidad referido a la conducta del autor material sólo revela la gravedad e inminencia que la hace merecedora de la misma pena que la autoría cuando se pone en relación inmediatamente con aquél, lo que sólo sucede con el último inductor”. *Ibidem*, 127.

149 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho Penal, Parte General*. (Buenos Aires: Ediar, 2002), 799.

Adicionalmente, la fórmula legal de la inducción prevista en el art. 30 del C.P. describe al inductor como el sujeto que “determina a otro a realizar la conducta antijurídica”, no limita la relación entre el inductor y el autor a un vínculo directo, sino que la participación de la participación debe entenderse como participación al hecho principal.

En conclusión, es posible que responda penalmente en calidad de inductor el directivo que no induce de manera directa o inmediata, sino que lo hace a través de otro u otros sujetos que, a su vez, inducen a quien finalmente realiza la conducta antijurídica, siempre y cuando, se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos de la inducción en cada uno de los eslabones de la cadena.

Un caso en el que se observa con facilidad la configuración de la inducción en cadena en la estructura empresarial sería el siguiente:

Juan, Carlos, Pedro, Pablo y Ricardo se desempeñaban como inspectores (servidores públicos) en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuya función consistía en auditar a grandes empresas.

Los inspectores, influenciados por las promesas económicas realizadas por los empresarios a través de sus representantes legales, asesores legales o revisores fiscales, modificaron intencionalmente los resultados de las auditorías, permitiendo a estas empresas pagar menos impuestos de lo que correspondía, lo cual generó al Estado una pérdida económica de diez mil millones de pesos¹⁵⁰.

Con independencia de las conductas punibles que los empresarios, los asesores legales y revisores fiscales cometieron en calidad de autores, como el cohecho por dar u ofrecer (art. 407 C.P.), en ese caso se cumplen los requisitos de la inducción en cadena frente las demás conductas, dado que: a) por parte de los empresarios se da una actuación inductora mediante el ofrecimiento de ventajas o beneficios patrimoniales; b) con el fin de que se cometa una conducta punible que, en Colombia, se encuentra tipificada como peculado por apropiación (art. 397 C.P.); c) los destinatarios de la inducción son los inspectores de la

150 El caso es tomado de María del Carmen Gómez Rivero y Silvia Mendoza Calderón. *Casos prácticos de derecho penal, parte especial*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 363, pero se realizó una adaptación para que sea más entendible desde el punto de vista del derecho penal colombiano.

DIAN, es decir, personas determinadas; d) el dominio del hecho lo conservaron los inspectores, principalmente por su calidad especial de servidores públicos; e) el ofrecimiento se realizó de manera dolosa, a través de los asesores legales o revisores fiscales de las empresas quienes actuaron con plena consciencia y culpabilidad, así como los servidores públicos; y f) la conducta punible fue consumada, pues el Estado perdió ingresos por sumas considerables de dinero. Además, con la conducta de los empresarios y los asesores legales o revisores fiscales, sin lugar a dudas se creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó en el resultado típico cometido por los inspectores de la DIAN.

En ese caso, los empresarios, los asesores legales y revisores fiscales responderían con la misma pena de los servidores públicos por el delito de peculado, pero disminuida en una cuarta parte, dado que conforme al párrafo final del art. 30 del C.P., son sujetos que intervienen en la realización del hecho (induciendo) sin tener las calidades especiales exigidas en el delito de peculado por apropiación (servidor público).

Sin embargo, la tendencia de la Corte Suprema de Justicia de normativizar los criterios de autoría y participación con base en la noción del riesgo, ocasiona bastantes problemas de seguridad jurídica al resolver casos como este, pues no hay claridad sobre los criterios en los cuales se basa para determinar cuándo en un caso se configura la inducción y cuándo la “coautoría impropia”¹⁵¹, pues con esta última tesis se podría llegar a la conclusión de que los empresarios, asesores legales y revisores fiscales son “coautores impropios *extraneus*” del delito de peculado, dado que si bien no participaron en la fase ejecutiva de la conducta, hubo un acuerdo de voluntades y su aporte fue fundamental para la configuración de la conducta punible. Una interpretación como esta se enfrenta, sin embargo, a dos objeciones de legalidad: por un lado, considerar “coautores” de un delito especial a quien no tiene la calidad exigida por el tipo penal y, en tal

151 Véase en sentido crítico a Rafael Arroyave Díaz. *La coautoría impropia, figura extraña a la lógica y a la ley penal colombiana*. (Medellín: Jurídica de Colombia, 2000), 177.

medida, no realiza el desvalor propio de dicha figura delictiva; y, en segundo término, se está desconociendo el carácter accesorio de la conducta de los *extraneus*, por cuanto su relevancia penal depende de que los *intraneus* (servidores públicos) tomen la decisión de realizar los actos de apropiación del dinero público motivados por la conducta de los empresarios, asesores legales y revisores fiscales.

La confusión de esta línea jurisprudencial es bastante evidente en una de las tantas decisiones emitidas en el caso de corrupción de Foncolpuertos, por ejemplo, en la sentencia del 10 de junio de 2020, rad. 52.180 (SP1263), M.P. Gerson Chaverra Castro, en la que se resuelve el recurso de casación presentado por la defensa de una persona que se desempeñó como estibador de la empresa Puertos de Colombia en el terminal marítimo de Barranquilla, el cual fue condenado en primera y segunda instancia por el delito de peculado por apropiación agravado en calidad de inductor, dado que, en asocio con algunos abogados y funcionarios de la rama judicial, mediante una cadena de inducción, realizó un desfalco al Estado, a través de la reclamación de prestaciones sociales a las que en realidad no tenía derecho.

En este caso la Corte Suprema de Justicia consideró que los trabajadores que realizaron reclamaciones de prestaciones sociales injustificadas a través de apoderados judiciales debían responder en calidad de inductores:

[...] en la medida que gestaron el propósito criminal en los empleados con competencia para reconocer, liquidar y pagar las prestaciones sociales a las que no tenían derecho porque excedían los límites permitidos en la ley laboral –convencional-, de tal manera que si no hubieran presentado la propuesta, no hubiera tenido lugar la comisión del delito¹⁵².

En la sentencia se advierte que, precisamente, por no ostentar la calidad especial exigida en el tipo penal y la falta de dominio sobre la disposición de los recursos públicos, no se le atribuyó responsabilidad en calidad de “*coautor interviniente*” como lo ha establecido la jurisprudencia, sino de inductor, debido al

152 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 52.180, SP1263, (M.P. Gerson Chaverra Castro, junio 10 de 2020), 21.

impulso de las acciones judiciales o administrativas, con el fin de obtener beneficios económicos a los que no tenía derecho, pues creó el riesgo que finalmente se concretó en el resultado típico que lesionó el patrimonio del Estado. Según la Corte, le asiste razón al Tribunal Superior de Bogotá cuando advierte que:

[...] su actuar constituyó el inicio de una *cadena instigadora*, que se desarrolló cuando en condición de ex empleado de la empresa Puertos otorgó mandato a varios abogados para reclamar por vía administrativa prebendas a las que no tenía derecho, lo que generó en los autores del injusto –funcionarios de Foncolpuertos–, la idea criminal de esquilmar los recursos a su cargo, aprovechando el desorden que existía para ese momento en la entidad.

De esta manera, fueron las reclamaciones presentadas por los profesionales del derecho e incluso el propio encartado a nombre propio, los medios inductivos que llevaron a que éstos –servidores públicos–, dentro de sus respectivos roles y en momentos diferentes dispusieran, sin ningún sustento legal, de fondos a favor del enjuiciado de manera que, aun cuando éstos sabían de la inviabilidad de sus pretensiones, accedieron a las mismas, incitados por el actuar de aquellos en la ejecución del delito¹⁵³.

Ahora bien, este parece un claro caso de inducción en cadena y, en este sentido, la sentencia no merece ningún reparo. No obstante, la Corte no aplicó la atenuante del párrafo final del art. 30 C.P., pese a que se trataba de un sujeto que intervino en el hecho (en calidad de inductor) sin tener la calidad exigida por el delito de peculado, razón por la cual el desvalor de dicha inducción es menor a cuando la misma conducta la realiza otro servidor público. Por tal motivo, esta discutible interpretación jurisprudencial desconoce, en últimas, que en un delito especial pueden concurrir inductores *intraneus* y *extraneus*, que reciben de la ley tratamientos punitivos diferentes: al inductor *intraneus* se le sanciona con la misma pena prevista para el autor (art. 30 C.P. párrafo primero), mientras al inductor *extraneus* se le rebaja la pena en una cuarta parte, por la ausencia de deberes especiales respecto del bien jurídico protegido.

153 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, (M.P. Esperanza Najjar Moreno, octubre 09 de 2017), 35.

Esta falta de claridad que se observa en la jurisprudencia nacional al momento de establecer los criterios de distinción entre las diferentes formas de autoría o participación, imposibilitan una unificada y adecuada interpretación de la norma, circunstancia que, a su vez, ocasiona la vulneración de los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Aun así, de acuerdo con los supuestos de inducción en cadena en la estructura empresarial, será inductor el directivo que induzca a otro para que cometa un delito, pero este, a su vez, se dirige a un tercero para que materialice la conducta punible, al igual que el directivo que induce a otro para que este a su vez incite a quien finalmente debe realizar el hecho antijurídico.

Asimismo, teniendo en cuenta que por regla general los sujetos que ejercen cargos de dirección en la estructura empresarial cometen conductas que configuran formas de autoría, la tesis de la inducción como posible solución de atribución de responsabilidad, como lo afirma Díaz y García Conlledo¹⁵⁴, no se fundamenta de manera autónoma, sino subsidiaria, es decir, cuando frente a conductas activas no es aplicable la autoría mediata en virtud de la coacción, el error o la coautoría por dominio funcional del hecho, será inductor quien promueva la idea de cometer el delito en el subordinado que actúa con plena voluntad y responsabilidad. En consecuencia, la opción de la imputación a título de partícipe es preferible si no se cumplen los requisitos de la autoría mediata en los supuestos de responsabilidad penal de los directivos por los hechos delictivos cometidos por los subordinados. Luego, la calificación concreta de inductor dependerá del grado de intervención en el delito y la posición que el sujeto ocupa dentro de la cadena de inducción¹⁵⁵.

154 Díaz y García-Conlledo, "Delincuencia organizada y en organizaciones. Problemas de autoría y participación", 123-124.

155 Miguel Díaz y García Conlledo, "Tendencias jurisprudenciales en la exigencia de responsabilidad a los superiores por hechos de los subordinados", Revista *Huellas*, n.º72 (2011): 189.

4. Consideraciones finales

A pesar de las dificultades que ha tenido el derecho penal moderno para brindar modelos de atribución de responsabilidad penal a los sujetos que ejercen cargos de dirección en la estructura empresarial, es posible concluir que las categorías dogmáticas tradicionales de autoría y participación previstas en el C.P. continúan siendo útiles para resolver estos problemas de manera satisfactoria, con la ventaja de que no suponen ninguna contradicción con los principios constitucionales propios del modelo constitucional colombiano.

Es más probable que se presenten supuestos fácticos en los cuales los directivos respondan en calidad de autores, ya sea en comisión por omisión, coautoría o autoría mediata, debido a circunstancias de coacción o error, en razón a las características comunes de la estructura empresarial, tales como los principios de jerarquía, delegación, división del trabajo, especialización, complementariedad y confianza, además de la particularidad de los delitos que se pueden cometer con mayor facilidad en este escenario como los delitos especiales.

Sin embargo, en las grandes y medianas empresas también pueden presentarse supuestos fácticos en los cuales el directivo emite una orden, mandato, directriz o realiza cualquier conducta idónea, a través de varios sujetos que integran la cadena de mando en la estructura empresarial, para hacer nacer en otro sujeto una resolución criminal, quien de manera dolosa y voluntaria la ejecuta o, por lo menos, inicia su ejecución. En esos eventos no es necesario el adelantamiento de la barrera de intervención de derecho penal flexibilizando la interpretación de las diferentes formas de autoría ni mucho menos realizar una construcción diferente a la teoría del delito que de forma tradicional se ha configurado, sino que desde el C.P., a través de la aplicación de figuras como la inducción en cadena, existe la posibilidad de atribuir responsabilidad penal con la imposición de la misma pena prevista para el autor a estas personas que desde el plano ontológico no causaron materialmente el resultado prohibido por la legislación penal, pero determinaron su consumación. Esta solución, si bien es subsidiaria, es satisfactoria desde

el punto de vista político-criminal, en tanto la respuesta jurídica y punitiva obedece a la conducta efectivamente realizada.

Bibliografía

Agustina Sanllehí, José R. *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Barcelona: Atelier, 2010.

Aramburo Calle, Maximiliano. "La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes". *Nuevo Foro Penal* 12, n.º68 (2005): 93-144.

Arenas, Antonio Vicente. *Comentarios al Código Penal colombiano*. Tomo I, 4º edición, Bogotá: Temis, 1983.

Arroyave Díaz, Rafael. *La coautoría impropia, figura extraña a la lógica y a la ley penal colombiana*. Medellín: Jurídica de Colombia, 2000.

Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal, Parte general*. 2º edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

Batista González, María Paz. "La responsabilidad penal de los órganos de la empresa". En *Curso de derecho penal económico*, dirigido por Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2005, 87-98.

Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español, parte general, Tomo III. Teoría jurídica del delito*. Madrid: Tecnos, 2001.

Córdoba Angulo, Miguel. "La figura del interviniente en el derecho penal colombiano". *Derecho Penal y Criminología*, n.º75 (2004): 71-96.

Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, noviembre 13 de 2001).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 20.860, (M.P. Herman Galán Castellanos, septiembre 15 de 2004)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 32.964, (M.P. José Leónidas Bustos Martínez, agosto 25 de 2010)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 45.889, SP1569, (M.P. Patricia Salazar Cuéllar, mayo 09 de 2018)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 46.263 (SP1526), (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, mayo 09 de 2018)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 52.180, SP1263, (M.P. Gerson Chaverra Castro, junio 10 de 2020)

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 25.889, (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, 26 de abril de 2007).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 25.536, (M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, julio 27 de 2006)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 50.394, SP298, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, julio 25 de 2018)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 51.916, SP707, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, marzo 06 de 2019)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 57.851, SP1281, (M.P. Diego Eugenio Corredor, mayo 29 de 2024).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 52.590, SP994, (M.P. Eyder Patiño Cabrera, marzo 24 de 2021).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 36.784, SP5065, (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, abril 28 de 2015).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 42.293, SP8346, (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, julio 01 de 2015).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 43.211, AP726, (M.P. Eugenio Fernández Carlier, febrero 18 de 2015).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 44.425, AP7149, (M.P. Eyder Patiño Cabrera, diciembre 02 de 2015).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 47.960, AP4303, (M.P. Eugenio Fernández Carlier, julio 05 de 2017).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 48.993, SP6118, (M.P. Eugenio Fernández Carlier, mayo 03 de 2017).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 51.916, SP707, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, marzo 06 de 2016).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rad. 52.642, SP4763, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, diciembre 02 de 2020).
- Corte, Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 51.444, SP2339, (M.P. Eyder Patiño Cabrera, julio 01 de 2020)
- Demetrio Crespo, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: lustel, 2009.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. "Delincuencia organizada y en organizaciones problemas de autoría y participación". *Revista Lusíada*, n.º4/5 (2007): 121-144.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1991.

- Díaz y García Conlledo, Miguel. "La autoría en el Derecho Penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano". *Derecho Penal y Criminología* 25, n.º76 (2004): 33-65.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. "La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; 'el interviniente' del art. 30, párrafo final". *Derecho penal y criminología* 26, n.º77, (2005): 45-78.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. "Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos". *Nuevo Foro Penal* 3, n.º71, (2007): 115-144.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. "Tendencias jurisprudenciales en la exigencia de responsabilidad a los superiores por hechos de los subordinados". *Revista Huellas*, n.º72 (2011): 180-200.
- Elías, Norbert, *Sociología fundamental*. Barcelona: Gedisa, 1970.
- Escobar Vélez, Susana. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, León: Universidad de León, 2019.
- Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho penal: Parte General: Teoría del delito y de la pena*, Vol. 2, Bogotá: Ibáñez, 2011.
- Fernández Ibáñez, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares, 2006.
- García Cavero, Percy. *Derecho penal económico, parte general*. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2003.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2006.
- Gómez-Jara Díez, Carlos. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico, parte general y parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Gómez López, Jesús Orlando, *Tratado de Derecho Penal: Parte general, La Tipicidad*, Tomo III. Bogotá: Doctrina y Ley, 2005.
- Gómez Rivero, María del Carmen & Silvia Mendoza Calderón. *Casos prácticos de derecho penal, parte especial*, 3º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Gómez Rivero, María del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- Gracia Martín, Luis. "La comisión por omisión en el derecho penal español". *Nuevo Foro Penal*, n.º61 (1999): 125-168.
- Gracia Martín, Luis. "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español". En *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, homenaje

- a Klaus Tiedemann, contribución de Luis Arroyo Zapatero. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, 81-124.
- Honneth, Axel. *Reificación: Un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Katz, 2007.
- María del Carmen Gómez Rivero y Silvia Mendoza Calderón. *Casos prácticos de derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Meini Méndez, Iván. *El dominio de la organización en Derecho Penal*. Perú: Palestra, 2008.
- Meini Méndez, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 10^o edición. Barcelona: Reppertor, 2016.
- Muñoz Conde, Francisco & Mercedes García Arán. *Derecho penal, parte general*, 8^o edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Muñoz Conde. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
- Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7^o edición, traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general*, Tomo II, 2^o edición, traducción por Diego Manuel Luzón Peña y Miguel Díaz y García Conlledo. Madrid: Civitas, 2003.
- Salazar Marín, Mario. *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2^a edición. Bogotá: Ibáñez, 2011.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. "En los límites de la inducción". *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º2, (2012): 1-42.
- Schünemann, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, n.º2 (1988): 529.558.
- Schünemann, Bernd. "El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión". En *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II. coordinado por García Valdés, Carlos, Cuerda Riezu, Antonio, Alcácer Guirao, Rafael y Valle Mariscal de Gante, Margarita. Madrid: Edisofer, 2008, 1609-1630.
- Schünemann, Bernd. "Responsabilidad penal en el marco de la empresa, dificultades relativas a la individualización de la imputación", traducción por Spínola Tártalo, Beatriz. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. LV (2002): 9-38.

Silva Sánchez, Jesús-María (dir.) y Raquel Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

Silva Sánchez, Jesús María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.

Silva Sánchez, Jesús-María, "Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo", en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, dirigido por Jesús-María Silva Sánchez y coordinado por Raquel Montaner Fernández. Barcelona: Atelier, 2013, 265-283.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual". En *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje al profesor Nódier Agudelo Betancur*, Tomo 1, coordinado por Fernando Velásquez Velásquez, Ricardo Posada Maya, Alfonso Cadavid Quintero, Ricardo Molina López y Juan Oberto Sotomayor Acosta. Bogotá: Ibáñez y otras, 2013, 271-302.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto, "El dolo eventual como forma autónoma de realización subjetiva del tipo". En *Un Juez para la democracia, Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, dirigido por Guillermo Portilla Contreras y Fernando Velásquez Velásquez, coordinado por Esther Pomares Cintas y Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Dykinson, 2019, 583-597.

Suárez Sánchez, Alberto. *Autoría*, 3ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, (M.P. Esperanza Najjar Moreno, octubre 09 de 2017), 35.

Varona Gómez, Daniel. "El miedo insuperable y la ética del hormiguero: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º12 (2010): 61-96.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Fundamentos de derecho penal general*, 2ª edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Declaración de coautoría

Todos y solo los investigadores que cumplen con los requisitos de autoría de este artículo figuran como autores; todos los coautores son totalmente responsables de este trabajo en su totalidad.

o Juan Oberto Sotomayor: conceptualización, metodología, revisión de datos, investigación, redacción – borrador original, validación, redacción – revisión y edición, aprobación de la versión final.

o María Simoné Sossa: conceptualización, metodología, revisión de datos, investigación, redacción – borrador original, validación, redacción – revisión y edición, aprobación de la versión final.