

Autoría y participación en delitos cometidos desde el seno de una sociedad anónima: ¿imputación por acción u omisión?

Authorship and participation in crimes committed within a corporation: ¿imputation by action or omission?

VICENTE VÁSCONEZ MERELO

Investigador independiente

vvasconez@hotmail.es

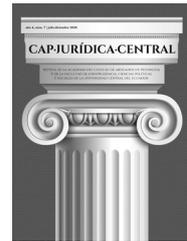
ORCID: 0000-0002-0071-2054

JOSÉ ANTONIO BURNEO

Investigador independiente

jaburneo_94@outlook.es

ORCID: 0000-0002-0071-2054



Recibido:
31/07/2020

Aceptado:
21/08/2020

Resumen

La estructura organizacional de una sociedad anónima complica en gran medida la imputación de responsabilidad penal para cada infractor en particular, sin embargo, es una tarea factible siempre que se haga buen uso de la dogmática de los delitos de actividad o de omisión, según sea el caso. En el derecho positivo ecuatoriano, en el marco del delito de cohecho, en el supuesto en que un gerente ordene a una gama de eslabones inferiores, que sobornen a un funcionario público, solo podrá imputarse autoría a dicho gerente siempre que se «eche mano» de la teoría del autor detrás del autor, ideada por el profesor Friedrich Christian Schroeder. Por otro lado, en el marco del delito de manipulación genética, en caso de que la actividad criminal sea ordenada o consentida por el gerente de una sociedad, con ese giro del negocio, lo más acertado será utilizar la estructura del delito omisivo impropio, para endilgar responsabilidad penal en calidad de autor al gerente, pues en tanto que la salud es uno de los bienes jurídicos contemplados por la norma del artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, es completamente admisible una imputación en comisión por omisión.

Palabras clave

Autoría mediata, cohecho, manipulación genética, omisión impropia, sociedad anónima.

Abstract

The organizational structure of a corporation complicates the imputation of criminal liability for each offender. However, it is a feasible task, if the dogmatic of activity or omission offence is made to be used. In Ecuador's Positive Law, in the context of the crime of bribery, in the event that a manager orders a range of power links to bribe a public official, he can only be charged with that manager provided that he takes cover of the author's theory behind the author devised by Professor Friedrich Christian Schroeder. On the other hand, in the context of the crime of genetic manipulation, in case the criminal activity is ordered or consented to by the manager of a corporation with that turn of business, it will tend to use the structure of the wrong omissive crime to include criminal liability as an author to the manager, since health is one of the legal assets contemplated by Article 28th of the Organic Criminal Code; an objection in commission by omission of the author is fully admissible.

Keywords

Mediate authorship, bribery, genetic manipulation, improper omission, corporation.

Introducción

La autoría y participación en el derecho penal es un tema muy controvertido y profusamente criticado por todos quienes se han interesado en esta rama del derecho. Quizá lo menos problemático sea analizar la participación criminal, en los supuestos en los cuales el ejecutor del crimen lo hace por sí solo y de forma directa, pero allí donde concurra la participación de varios individuos lo más probable sea que la tarea del intérprete se dificulte.

Asimismo, la cuestión parece complicarse aún más, cuando la concurrencia de varios individuos en la ejecución de un crimen se la hace, desde el seno de una sociedad, pues en estos supuestos una compleja organización societaria le da un plus de dificultad al análisis de una posible responsabilidad penal individual. Sin embargo, a este inconveniente, todavía habría que sumarle otro de igual importancia, puesto que la imputación penal suele estar sujeta, en gran medida, a la naturaleza de la norma jurídica en concreto y al bien jurídico que en él se tutele, por lo que, en abstracto, sería imposible decantarse por un modelo de imputación unitario para todos los casos, en que se cometa crímenes desde una sociedad.

En este sentido, en la presente obra se va a procurar analizar y proponer, con el más alto rigor académico, la forma en que debería ejecutarse una correcta imputación de responsabilidad penal para el titular del órgano de administración de una sociedad anónima (gerente), cuando concurra una cadena de empleados y solo algunos de ellos sean los ejecutores directos. Además, para bajar todo esto a tierra, el análisis de autoría y participación se lo efectuará únicamente en dos escenarios fácticos: el primero de ellos, será en un contexto de cohecho, en donde el gerente de una sociedad ordene a un empleado intermedio para que éste, a su vez, ordene a otros empleados de menor jerarquía, que vayan a sobornar a un funcionario público y, el segundo, se da en el marco del delito de manipulación genética, en donde, a gusto y paciencia del gerente, sus empleados trabajen en proyectos eugenésicos prohibidos por la ley. Para todos estos casos se tendrá, como punto de partida, las normas del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Además, es oportuno anticipar, desde ya, que la decisión de realizar un análisis diferencial de la responsabilidad penal del gerente y del empleado ejecutor, para el de-

lito de cohecho y la manipulación genética no es para nada antojadiza, pues como se verá en el desarrollo de la obra, para el caso del delito de cohecho, corresponde efectuar una imputación, siguiendo la dogmática de los delitos de acción y para el supuesto de manipulación genética, es necesario utilizar la estructura del delito omisivo impropio, lo cual, como es natural, trae aparejado un ejercicio hermenéutico dispar.

Se debe notar que para lograr un desarrollo coherente y armonioso de esta propuesta, inicialmente es imperativo dedicar todo un capítulo al estudio de la estructura organizacional de una sociedad anónima y, principalmente, describir de forma suficiente los deberes y potestades, las cuales recaen en el órgano de administración. De allí en adelante, en los capítulos III y IV, corresponde entrar estrictamente en materia y, por ello, se analizará una a una las formas de participación criminal, previstas en los artículos 42 y 43 del COIP, teniendo como norte las conductas de los gerentes y ejecutores directos de las infracciones de cohecho y manipulación genética.

Estructura organizacional de una sociedad anónima: una mirada al órgano de administración

Empresa y sociedad comercial

En el campo del derecho, la empresa no es un símil, ni siquiera equivalente, a la figura de la sociedad comercial o compañía. Su diferenciación más básica radica en su propia naturaleza, porque la compañía es un contrato de sociedad, cuyo resultado es la creación de una persona jurídica; mientras que la empresa, es un concepto fáctico de la actividad organizativa. De modo que no es posible definir con precisión cuándo se inició una empresa, lo cual sí es factible hacer, en el caso de la compañía, a través de una verificación en su contrato de constitución. Para profundizar en sus diferencias, en lo venidero resaltamos sus principales características.

La empresa

Se trata de un concepto eminentemente económico, que fue acogido por el derecho, para difuminar ciertas confusiones y dar una mayor facilidad práctica, a quienes tienen la calidad de empresarios. El Código de Comercio ecuatoriano (CC), tomó a la figura de la empresa como una «novedad», en pleno año 2019 (fue publicado en el Registro Oficial, en mayo de ese año), definiéndola, acertadamente, como una unidad económica, con fines organizativos y administrativos. En ese sentido, el artículo 14 de dicho cuerpo legal caracteriza a la empresa como el resultado de la combinación de diversos elementos: elementos materiales, inmateriales y personales. Esa combinación no es aleatoria, pues está subordinada al ejercicio de actividades mercantiles, es decir, dedicarse a cualquiera de las ocupaciones del artículo 3 del CC, llamados actos de comercio. Vale la pena aclarar que el encargado de esta gestión administrativa es el empresario, quien en nuestra legislación, es un símil para comerciante, descrito en el artículo 10 del CC, clasificación que incluye a las sociedades mercantiles.

La compañía

Al hablar de compañía, ineludiblemente debemos iniciar con una referencia al contrato de sociedad que, en su representación más general, es la combinación de elementos en común por dos o más personas para dividir beneficios (en la actualidad, es posible constituir compañías unipersonales). El concepto general, civilista, de compañía está descrito en el artículo 1957 del Código Civil.

En particular, una compañía es un tipo de sociedad, específicamente, una comercial, la cual se encuentra regulada por la Ley de Compañías, como norma principal, y por el Código de Comercio y el Código Civil, en forma subsidiaria. El contrato de compañía, que es siempre una sociedad comercial, es aquél en el cual una o más personas, dependiendo de la modalidad societaria, unen sus capitales para emprender actividades mercan-

tiles, creando una persona jurídica distinta a la de sus fundadores.

La sociedad anónima y sus órganos

La sociedad anónima es una especie de compañía, con personalidad jurídica propia y naturaleza capitalista. Es decir, que su órgano de administración puede recaer en personas, quienes no sean accionistas, conforme lo aclara el artículo 144 de la Ley de Compañías; de modo que para sus fines, le interesa más la existencia de acciones, su transmisión y negociación, que la calidad de las personas, quienes tienen su titularidad; esencialmente, porque dichas acciones son libremente negociables y, según Balbín, esa es la diferencia sustancial, para separar a la compañía anónima de las demás especies de compañías personalistas.¹ Una compañía anónima no es una empresa, es el empresario quien la organiza.

Toda compañía, en mayor o menor medida, según su modalidad societaria, es manejada a través de órganos sociales. En primera línea, se encuentra el órgano de gobierno, el encargado de la toma de decisiones, por otro lado, está el órgano de administración, el cual se encarga de ejecutar las actividades tendientes a la buena conducción de la compañía. Finalmente, encontramos al órgano de fiscalización, el cual hace las veces de un contralor interno.² Para efectos de esta investigación, nos ocuparemos únicamente de los dos primeros órganos societarios mencionados, poniendo énfasis en el organismo de administración.

Órgano de gobierno

Es el órgano supremo de la compañía, representado a través de la Junta General de Accionistas (llamada comúnmente Asamblea,

para diferenciarla de la compañía de responsabilidad limitada), legalmente convocados y reunidos; todo esto en concordancia con el artículo 230 de la Ley de Compañías. Es llamado órgano de gobierno, porque tiene amplísimas potestades, para resolver todos los asuntos de la compañía y tomar decisiones significativas sobre ésta. Por ejemplo, este órgano decide sobre actos societarios sustanciales, tales como disminución de capital o cambio de domicilio.

Con respecto a la toma de decisiones, le es aplicado el sistema de la mayoría, legal o estatutaria, de los accionistas con derecho a voto. Los accionistas preferentes,³ quienes también forman parte de la junta solo tienen voz en ésta y, al no tener potestad de incidir en las decisiones de aquélla, los accionistas preferentes no son responsables de las decisiones estatutarias del órgano de gobierno, así como tampoco lo son de actuaciones e ilegalidades realizadas por la mencionada junta.⁴

Órgano de administración

En el contrato social de la compañía, dentro de los estatutos, es fijada la estructura del órgano de administración de la compañía anónima. Es prudente recordar que la ley no ofrece una estructura estricta de una construcción tipo para estos órganos societarios; de modo que faculta a cada compañía, para manejarlo según sus mejores intereses. Así, la administración de una compañía anónima puede entregarse a diferentes figuras, a saber: gerentes, administradores, mandatarios, factores, cuerpos colegiados, directores o consejos de administración. Sin olvidar que ostentar la administración, no necesariamente implica la representación legal de la persona jurídica; aunque pueden ser ejecutados, a la vez,

1 Balbín, S. (2015). *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires: Edit. Abeledo-Perrot, pp. 494-495.

2 Mascheroni, F. (1986). *Sociedades comerciales*. Buenos Aires: Edit. Universidad, pp. 385-387.

3 Conforme al artículo 170 de la Ley de Compañías, las acciones preferentes o preferidas son aquellas que no tienen derecho a voto. Así que los accionistas, quienes sean sus titulares, únicamente tienen derechos patrimoniales con respecto a la compañía.

4 Halperín, I. y Otegui, J. (1998). *Sociedades anónimas* (2.^a ed.). Buenos Aires: Edit. Depalma, p. 261.

por la misma figura societaria. En defecto de ello, la administración, la cual no ostente la representación legal, podrá ser solidariamente responsable por todo acto que implique a la compañía, derivado de su obligación legal de gestión y cuidado, descrita en el artículo 255 de la Ley de Compañías.

El órgano de administración, en la amplia generalidad, suele recaer en hombros del gerente general. Sin embargo, esto no es una regla, pues es posible designar un cuerpo colegiado para que realice las actividades administrativas. En dicho caso, la responsabilidad será solidaria, para todos quienes compongan el cuerpo colegiado. Todo esto depende del contrato social de la compañía, aunque en el caso de que nada se especifique sobre ello en el contrato, será la junta la encargada de estructurar la administración de la compañía y no simplemente designar un administrador, pues, en ese caso, la responsabilidad del administrador será amplia y general, en todo lo relativo a la sociedad anónima.

El administrador de una compañía anónima puede no ser un accionista, ni su representante legal. A pesar de ello, puede tener amplias facultades sobre el manejo de la persona jurídica que administra. Dependiendo del campo de actuación que tenga el administrador, sus facultades y poderes sobre los integrantes o dependientes de la compañía pueden ser superiores. Por ello, el grado de responsabilidad de los administradores es amplísimo, aun en actos cometidos por subordinados, sin aprobación o conocimiento de éste, en el caso de que éstos se comporten como representantes de la compañía y el gerente no muestre ningún tipo de negativa hacia ello, conforme el artículo 52 del Código de Comercio. Además de esta responsabilidad pasiva, también tendrán responsabilidad por actos cometidos de forma directa o acti-

va por él, o por medio de dependientes, por orden directa de la administración, debido a que incumple su deber de actuación diligente, o incurre en actividades ajenas al objeto social de la compañía.⁵

La Ley de Compañías, en el artículo 271, posibilita también que la administración de una sociedad anónima, sea entregada a un Consejo de Administración, el cual puede ser un cuerpo colegiado de leal saber, el cual tendrá responsabilidad solidaria, con respecto a sus miembros, en todas las actuaciones y decisiones tomadas por el referido consejo, debido a que a cada uno de los integrantes de éste, le son aplicables los derechos, obligaciones y responsabilidades de los administradores.⁶ Al ser un cuerpo de administración, colegiado o no, estará encargado de las labores de dirección de la compañía, a través de su presidente; sin que esto exima de responsabilidad a los demás miembros, conforme lo indica el artículo 271 de la Ley de Compañías. El Consejo de Administración no es lo mismo que un directorio, ya que este último asume facultades de la toma de decisiones, en calidad de representante del órgano de gobierno, sin perjuicio de que uno de los directores tenga la calidad de administrador.

Para efectos didácticos, en el presente escrito asumiremos que un gerente es el administrador de una sociedad anónima, y lo es de forma individual, además, asumiremos que dicho gerente es su representante legal. Considerando las demás variables expuestas, tanto su complejidad y amplitud, planteamos la siguiente estructura de órgano de administración de una sociedad anónima, para que, con base en ésta, se individualicen los niveles de participación criminal en los delitos de cohecho y manipulación genética. Veamos: una sociedad anónima con dos accionistas, uno de ellos ostenta la calidad de presidente, y el otro, es el gerente

5 Velasco Cuesta, R. (2006). *La responsabilidad de los administradores de las compañías* (tesis de grado). Quito: UDLA, pp. 36-38. <http://dspace.udla.edu.ec/BITSTREAM/33000/366/1/UDLA-EC-TAB-2006-04.pdf>

6 Cevallos, V. (1992). *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*. Quito: Edit. Jurídica del Ecuador, p. 178.

general; este último es el administrador por sí mismo y, a su vez, representante legal. Posee amplísimas facultades de dirección y puede actuar, conforme a su buen saber sobre gestión. Además, para poder identificar de mejor manera su responsabilidad como administrador, no es necesario la aprobación de la junta de accionistas para la toma de decisiones gerenciales o de gestión; exceptuando aquéllas, las cuales sean actos societarios determinantes, tales como disolución, liquidación, fusión, escisión o transformación de la compañía, disminución de capital, cambio de objeto social, prórroga del plazo del contrato social o cambio de domicilio.

Responsabilidad penal del órgano de administración en una sociedad anónima respecto del delito de cohecho

Habíamos establecido que la base fáctica para nuestro análisis, tiene como punto de partida un gerente, quien ostenta la representación legal de la sociedad anónima y que, además, cuenta con un amplio margen para tomar decisiones de gestión. En tal circunstancia, para los efectos de este capítulo, trabajaremos con el siguiente supuesto fáctico: Juan es gerente y representante legal de la sociedad anónima denominada «XYZ» y el giro de su negocio es la construcción de carreteras. Debido a su enorme ambición y tendencia a escoger el camino rápido para aumentar su patrimonio, Juan decide que es momento de sobornar a funcionarios públicos para que éstos le otorguen la mayor cantidad de contratos y así lo ha ejecutado durante varios años. No obstante, Juan no se encarga de cometer el acto de soborno por su cuenta, sino que siempre le da la orden a su inferior jerárquico (Pedro), a fin de que éste, a su vez, seleccione a un empleado indistinto, de la más baja esfera jerárquica (son 20 empleados, pero en este caso

concreto es escogido Marco) y de esa manera, se hace llegar el dinero del soborno al funcionario. Un dato muy importante es que, tanto Pedro, como Marco, aceptaron de muy buena manera la idea criminal de su gerente (Juan), pues la obtención de contratos les ayudaría a obtener más ingresos económicos y éste es el raciocinio de todos los trabajadores de la sociedad, quienes están dispuestos a hacer lo que sea por aumentar su patrimonio.

Dicho esto, en referencia al delito de cohecho activo, enseña Donna, que «[...] en este tipo penal basta el ofrecimiento o la promesa al funcionario público»,⁷ por lo que no es necesario que el funcionario acepte el ofrecimiento, para que se consume el delito. En tal circunstancia, en el supuesto fáctico planteado, bien puede sostenerse que estamos frente a un delito de cohecho activo consumado y, por tanto, resta dilucidar la forma en que se deberá imputar a Juan, Pedro y Marco.

Ahora bien, lo más conveniente, en términos sistemáticos, es dilucidar si el delito de cohecho activo, puede ser ejecutado únicamente, a través de una conducta de actividad, o si también es admisible una imputación por omisión. En este sentido, se desprende del inciso 3.º, del artículo 280 del COIP, que los verbos rectores consisten en ofrecer, dar o prometer un beneficio patrimonial a un funcionario público, para que éste haga o deje de hacer cuestiones inherentes a sus funciones. Consecuentemente, desde un punto de partida meramente literal parecería no haber lugar para una imputación omisiva, puesto que claramente el legislador ha sancionado una prohibición y no así un mandato. Además, si este argumento no es suficiente, el legislador ecuatoriano tomó la decisión político-criminal de sancionar únicamente las conductas omisivas impropias, las cuales lesionen la vida, la salud, la libertad y la integridad personal,⁸ por

7 Donna, E. (2000). *Derecho Penal. Parte especial* (t. 3). Buenos Aires: Edit. Rubinzal-Culzoni, p. 214.

8 Así pues, el artículo 28 del COIP prevé lo siguiente: «Art. 28.- Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posi-

tanto, al no estar contemplado el correcto y normal funcionamiento de la administración pública como bien jurídico, sería imposible pretender una imputación omisiva a cualquiera de los tres participantes de la infracción.

Debido a todo lo argumentado, queda claro que solo sería admisible una imputación siguiendo la dogmática de los delitos de actividad; por lo que en este punto corresponde examinar, si los criterios de autoría y participación, recogidos en el COIP, resultan idóneos para resolver el caso planteado, y para ello será necesario individualizar el análisis para cada sujeto en particular.

Veamos:

Respecto de Marco, el análisis no requiere mayor profundidad, pues a todas luces se advierte que es autor directo doloso de cohecho activo; sin embargo, para el resto de participantes, la individualización de responsabilidad no es tan sencilla. Entonces, sobre Juan y Pedro y la posibilidad de imputarles autoría directa, enseñan Muñoz Conde y García Arán, que el criterio dominante en la actualidad para determinar cuándo un sujeto puede ser catalogado como autor, es el del dominio del hecho, según el cual «es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización».⁹ Por tanto, de ninguna manera podría criminalizarse como autores directos a Juan y Pedro, debido a que

no fueron ellos quienes ejecutaron en primer plano o dominaron el sí y el cómo del acto de sobornar al funcionario, sino que emitieron la orden para que Marco ejecute el soborno de forma directa.

Sobre la posibilidad de imputarles coautoría a Juan, Pedro y Marco, es fácil advertir que únicamente Marco fue quien intervino en la fase ejecutiva del hecho, mientras que Juan y Pedro se limitaron a participar en un estadio previo, en el íter críminis, en tanto que la coautoría requiere necesariamente una participación en el estadio de la ejecución de la infracción,¹⁰ tampoco sería plausible una imputación por coautoría para Juan, Pedro y Marco.

Asimismo, puede pensarse que en tanto que Marco es quien gozaba del dominio del hecho en el delito de cohecho activo, sería factible imputar a Juan, por inducción de Pedro y éste, a su vez, como inductor de Marco, para que este último cometa la infracción; sin embargo, aquello no es posible, pues como bien ponen sobre la escena Zaffaroni, Slokar y Alagia, «para que haya instigación siempre debe haber un contacto psíquico entre el instigador y el autor»,¹¹ lo cual hace imposible una inducción en cadena, debido a que el dolo del inductor, debe estar dirigido a un determinado hecho y a un autor determinado.¹² Por tanto, siendo Pedro quien hizo surgir la idea criminal en Marco, a lo sumo la induc-

ción de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico».

9 Muñoz Conde, F. y M., García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 434.

10 El profesor español advierte que: «Lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva». Al respecto, véase, Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte general* (9.^a ed.). Barcelona: Edit. Reppertor, p. 403. En el mismo sentido, véase, Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte general*. (Trad.) Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Edit. Depalma, p. 113.

11 Zaffaroni, E. R., A., Slokar, y A., Alagia. (2002). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Edit. Ediar, p. 803. Véase también, Bacigalupo Zapater, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Edit. Temis, p. 207.

12 Así lo reconoce Mir Puig, quien manifiesta que la doctrina española se muestra renuente a aceptar una inducción en cadena, esto es, inducir a otro para que este a su vez induzca a otra persona a cometer el hecho. Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte general* (9.^a ed.). *op. cit.*, pp. 415- 416.

ción serviría para imputar a Pedro como inductor del delito de cohecho de Marco, pero esa solución nos dejaría fuera a Juan, quien fue el verdadero precursor del crimen.

En el mismo estadio de la inducción, Mir Puig sostiene que es absolutamente plausible una imputación por inducción mediata, en el sentido de que «en ella se atribuye como obra propia al hombre de atrás la inducción directa que efectúa el instrumento».¹³

Entonces, desde esta variante podría sostenerse que sí sería factible imputar a Juan como inductor mediato de Pedro, quien hizo surgir la mentalidad criminal en Marco; sin embargo, en este caso en particular, aquello es insostenible, porque Pedro no obró como ningún instrumento, pues tuvo un conocimiento entero de la actividad criminal y tampoco fue víctima de coacción por parte de Juan. En consecuencia, Pedro sería un sujeto plenamente responsable y con ello, la idea de la inducción mediata tampoco serviría para imputar a Juan.¹⁴

Respecto de la participación de Juan como un posible cómplice, aquí se puede advertir que una imputación de esta naturaleza, no es descabellada, en el marco del COIP, pues en el caso planteado fue quien otorgó los medios necesarios (dinero) para sobornar al funcionario y tampoco la norma le exige participar en la ejecución de la infracción,¹⁵ por lo que bien se lo podría encasillar como cómplice en el delito de cohecho activo. Hay que tomar en consideración que el COIP, no prevé la figura del cómplice necesario, sino

únicamente la complicidad ordinaria y en tal circunstancia, la pena, que le correspondería a Juan, sería de un tercio a la mitad de aquella prevista para el autor. Pese a todo lo dicho, desde la mera intuición podría afirmarse que la conducta de Juan, no fue un mero acto secundario, tendiente a favorecer la perpetración del crimen, sino que su participación fue esencial y hasta protagónica, en el supuesto fáctico planteado, a continuación, trataremos de ensayar un criterio de imputación, que lo sitúe como el autor quien realmente es.

Habíamos dicho que no era posible utilizar la forma tradicional de autoría mediata, debido a que Pedro y Marco no tuvieron un déficit cognitivo o, a su vez, fueron víctimas de coacción; en tal circunstancia, solo restaría la posibilidad de imputar a Juan, como autor mediato, por ejercer un dominio sobre la sociedad. Un sector de la doctrina ha denominado a esta forma de autoría mediata como «dominio de aparatos organizados de poder», mientras que otro sector la ha formulado como supuestos de «autor detrás del autor», pero con un cambio sustancial en su estructura, y, a su vez, el legislador ecuatoriano la ha prescrito como «poder de mando en la organización delictiva». Consecuentemente, la técnica legislativa usada por el asambleísta dejó abierta la puerta para que se adopte cualquiera de las dos teorías, las cuales fueron aludidas en líneas anteriores.

Sobre la autoría mediata por «dominio de aparatos organizados de poder», fue Claus Roxin, quien allá por el año de 1963, emitió su for-

13 Ídem. Derecho Penal. Parte general (9.^a ed.). *op. cit.*

14 Otro criterio para rechazar la inducción puede ser el siguiente: «Si se observa, la labor del inductor se centra en promocionar de modo ineludible la resolución delictiva en otro sujeto, dejando al margen la libertad ejecutiva de éste. Los dirigentes del aparato son los que suelen dar la orden de ejecutar el delito, acatada y realizada por el ejecutor, pero en modo alguno puede decirse que la resolución delictiva la toma éste sin que cuente para nada la orden recibida. Es más, la orden que recibe es el factor desencadenante de su resolución». Márquez Cárdenas, A. E. (2005). La autoría mediata: autor detrás del autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas. En *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales* (n.º 23). Bogotá: Universidad Libre, p. 29.

15 Así lo ha establecido expresamente el legislador ecuatoriano en el artículo 43 del COIP, al decir lo siguiente: «Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido».

mulación primigenia, al decir que: «[...] en una organización delictiva los hombres de atrás, que ordenan los delitos con mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables».¹⁶ Sin embargo, para que sea posible esta imputación al hombre de atrás, deben concurrir tres elementos en concreto: en primer lugar, el sujeto de atrás debería ocupar una posición de mando en la organización; en segundo lugar, esta organización debería funcionar al margen del ordenamiento jurídico; y, finalmente, deberían ser intercambiables los ejecutores del hecho delictivo.¹⁷

Hay que decir que esta tesis ha sido bien acogida por la doctrina hispano parlante e, inclusive, ha pasado a ser parte de la jurisprudencia de los altos tribunales de algunos países, por ejemplo, en Perú, en el caso Fujimori; en Argentina, en el juicio de las juntas militares y en Brasil, en el caso Mensalao; no obstante, la doctrina generalmente suele citar la tesis de Roxin en su primera formulación, sin tomar en consideración que en el año 2006, el mismo profesor alemán agregó un cuarto elemento, consistente en la «considerable elevada disponibilidad al hecho del ejecutor»,¹⁸ recogiendo así la crítica que el profesor Schroeder había hecho al requisito de fungibilidad en los ejecutores.¹⁹

En este sentido, para esclarecer algunos aspectos problemáticos de la teoría de Roxin, como primer punto, parecería que no existe inconveniente hermenéutico en el requisito de tener poder de mando en la organización, pues fácilmente se advierte que sin la facultad de dar órdenes y que éstas sean efectivamente cumplidas, sería impensable atribuirle algún tipo de dominio al hombre de atrás. Es por ello que el poder de mando, tiene que ser efectivo, es decir, real y no un mero dominio formal de la organización.²⁰

Como segundo punto, respecto del requerimiento de que la organización opere al margen del derecho, inicialmente existía gran confusión, en el sentido de que se creía que la organización debía operar completamente al margen del derecho, es decir, que únicamente podían encasillarse estructuras criminales estatales, cuasiestatales y organizaciones criminales en estricto sentido tales como mafias, grupos paramilitares, etc. Sin embargo, más recientemente Falcone sostuvo que no es necesario que la organización opere completamente al margen del derecho, «sino únicamente en razón de los tipos penales en cuestión, como es el caso del aparato estatal en relación al homicidio».²¹ Consecuentemente, el mismo Falcone, parafraseando una decisión del BGH, argumenta que es com-

16 Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. En *Revista de Estudios de Justicia* (7). Santiago: U. de Chile, p. 11.

17 Ambos, K. y C., Grammer. (2005). Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. En *Derecho Penal y Criminología* (vol. XXVI, n.º 77). Bogotá: UExC, p. 108.

18 Así, por ejemplo, Muñoz Conde, F. y M., García Arán, sostienen que solo deberán concurrir tres elementos, esto es, «el dominio de la organización por parte de los autores mediatos, la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores y que se trate de aparatos de poder que actúen como un todo al margen del Derecho». Muñoz Conde, F. y M., García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.ª ed.). *op. cit.*, p. 451.

19 Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *op. cit.*, p. 19.

20 Véase, Huertas Díaz, O., C., Sandoval Amaya y G., Malte Ruano, Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. En *Opinión Jurídica* (vol. XII, 23). Medellín: U. de Medellín, p. 94.

21 Falcone, A. (2015). El autor detrás del autor en el Derecho Penal Empresarial. En *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero* (1). Buenos Aires: Edit. Rubinzal-Culzoni, p. 15. Reyes Romero argumenta que: «A partir de la formulación original de la teoría (el autor se refiere a la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder) las empresas comerciales no podrían ser entendidas como un tipo de aparato que justificase el dominio de la organización, pues no cumpliría con la exigencia del alejamiento del derecho. Sin embargo, tanto partidarios

pletamente admisible que esta teoría pueda ser aplicada para organizaciones comerciales o empresariales, y «esto en función de la no recepción de los elementos «fungibilidad del ejecutor» y «apartamiento del derecho» de la teoría de Roxin».²²

Esto nos lleva al análisis del tercer punto de la teoría de Roxin: la fungibilidad del ejecutor. Aquí, bien hacen Muñoz Conde y García Arán al reconocer que «el requisito que plantea mayores problemas para ser aplicado en el ámbito empresarial es el de la fungibilidad de los meros ejecutores».²³ Y esto es así, debido a que en un contexto societario, generalmente no existe una disponibilidad amplia de ejecutores, como sí podría haberlo en organizaciones estatales, cuasistatales o meramente criminales, sino más bien existe una relación de confianza entre los sujetos quienes conforman la sociedad. En este sentido, en tanto que el criterio de fungibilidad no se vería satisfecho en el ámbito empresarial, es necesario revisar y poner sobre la escena el criterio de «disposición condicionada a actuar»,²⁴ o dicho en buen romance, «la elevada predisposición del ejecutor a cometer el hecho», el cual fue argüido primigeniamente por Friedrich Christian Schroeder en su tesis doctoral del año 1965.

Schroeder —dice Roxin— basa su crítica a la fungibilidad del ejecutor «en el sentido de que especialistas imprescindibles no son intercambiables como ejecutores»;²⁵ de igual forma, Muñoz Conde y García Arán destacan ese mismo inconveniente para el caso de las

sociedades, al decir que en estos ámbitos lo común es que «[...] el ejecutor de las acciones concretas que realizan el tipo de un delito no es un anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente, sino una persona que posee conocimientos especiales sin los que no sería posible la realización de esos hechos [...]».²⁶ En consecuencia, se puede advertir que, cuanto menos, resulta problemático exigir la corroboración de una fungibilidad en los ejecutores, y por ello, la propuesta del profesor Schroeder consistió en remplazar ese criterio con el de «elevada disposición al hecho por parte del ejecutor», es decir, para poder imputarle autoría mediata al autor de «escritorio», éste debe gozar de poder de mando en la organización, esta organización no necesariamente deberá operar totalmente al margen del derecho, sino únicamente en referencia al tipo penal en concreto y, además, deberá corroborarse que él o los ejecutores tenían una elevada predisposición a cometer ese hecho.

Se debe decir que la teoría de Schroeder, no pasó desapercibida por la jurisprudencia, puesto que fue utilizada en Alemania para uno de los casos más emblemáticos de la historia, esto es, para el juicio de los mandos superiores de la ex República Democrática Alemana por los homicidios del Muro de Berlín. Al respecto, Falcone pone de manifiesto que el criterio sostenido por los jueces del *Bundesgerichtshof* fueron que «los homicidios habían sido posibilitados por la «condiciones marco que ofrecería la estructura de la organización». De la misma manera se refiere a la «incondicional

como opositores a la teoría han planteado que este requisito es arbitrario, pues carece de conexión con la estructura organizacional que fundamenta la teoría, y que su verdadero objetivo es impedir una extensión indeseada de la misma. Asimismo, la jurisprudencia ha aceptado implícitamente el dominio de la organización en contextos empresariales, pues nunca ha exigido el requisito del alejamiento del derecho». Reyes Romero, I. (2018). Contra la autoría mediata por dominio de la organización: Una breve aproximación desde la doctrina alemana. En *Revista de Estudios de la Justicia* (28). Santiago: U. de Chile, p. 121.

22 Falcone, A. (2015). El autor detrás del autor en el Derecho penal Empresarial. *op. cit.*, p. 17.

23 Muñoz Conde, F. y M., García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.ª ed.). *op. cit.*, p. 454.

24 Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *op. cit.*, p. 19.

25 *Idem.* (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *op. cit.*, p. 17.

26 Muñoz Conde, F. y M. García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.ª ed.). *op. cit.*, p. 454.

disposición al hecho del ejecutor» como fundamento para la imputación del hombre de atrás»,²⁷ y es por ello que el autor argentino, sostiene que el BGH se decantó por la teoría de Schroeder y no por la de Roxin.

Con todo este marco, para el supuesto fáctico que nos ocupa, y en tanto que Juan ostentaba el cargo de gerente de la sociedad y además tenía un amplio poder de decisión, lo cual aseguraba que todas las decisiones emanadas por él se cumplan, sería absolutamente admisible imputarle el delito de cohecho como autor mediato a Juan y a Pedro, por haberse valido de la organización societaria (instrumento) para que en este caso en particular, Marco (pudo haber sido cualquier otro empleado) quien gozaba de una elevada predisposición a cometer el delito por la ambición patrimonial que perseguía ejecute la infracción como efectivamente lo hizo. En suma, en relación a la pena, en tanto que Juan y Pedro son autores mediatos y Marco es autor directo, a los tres les correspondería la misma pena prevista en el artículo 280 del COIP.

Responsabilidad penal del órgano de administración en una sociedad anónima en el marco del delito de manipulación genética

Para este capítulo se utilizará, al igual que en el anterior, la estructura societaria en la que existe un gerente que ostenta la representación legal de la sociedad anónima y que además cuenta con un amplio margen para tomar decisiones de gestión. Sobre el aspecto fáctico vamos a proponer tres variantes, pues entendemos que el resultado de imputación deberá ser el mismo: Caso 1. Juan es gerente y representante legal de la sociedad anónima denominada «XYZ» y el giro de su negocio es la ingeniería genética, es decir, el proceso de la utilización de tecnología del ADN para alterar la composición genética de un organismo, y en tanto que no seleccionó un inspector que vigile las actividades de sus empleados, estos

han estado ejecutando sus tareas con meros fines eugenésicos de perfeccionamiento de la especie humana al puro estilo de la Alemania nazi. Caso 2. Este caso es semejante al primero, solo que aquí Juan sí selecciona un inspector para que vigile las actividades en el laboratorio, sin embargo, de todas formas, los empleados ejecutaron las actividades de manipulación genética que son prohibidas por la ley. Caso 3. En este caso el gerente ordena que se lleve a cabo un programa eugenésico ilegal y tanto el inspector como el resto de empleados ejecutores lo realizan con el mayor de los agrados, pues comparten las ideas neonazis del gerente.

Ahora bien, corresponde en primer lugar determinar si el tipo penal del artículo 214 del COIP referido a la manipulación genética puede ejecutarse por acción u omisión. Así, pues, se desprende de la norma que el verbo rector consiste en manipular genes humanos con una finalidad distinta a la de prevenir o combatir una enfermedad. Por tanto, queda claro que el legislador ecuatoriano ha tomado la decisión de prescribir una prohibición (manipular genes) y, en consecuencia, solo sería admisible una imputación siguiendo la dogmática de los delitos de actividad. No obstante, esta solución solo sería correcta para los ejecutores directos de la infracción, puesto que, ya en el marco de una organización societaria, las personas que estaban llamadas a ejercer un control de las actividades de la sociedad realmente estarían incurriendo en una omisión normativa, sea que hagan o dejen de hacer en el mundo ontológico.

Respecto de la dogmática de los delitos de omisión, enseñan Muñoz Conde y García Arán que: «La omisión en sí misma no existe. La omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia».²⁸ En consecuencia, la

27 Falcone, A. (2015). El autor detrás del autor en el Derecho penal Empresarial. *op. cit.*, p. 17.

28 Muñoz Conde, F. y M. García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.^a ed.). *op. cit.*, p. 238.

omisión no es un mero no hacer, y tampoco significa que el agente deberá quedarse en un estado de pasividad absoluta, sino que la esencia de la omisión está dada por no haber ejecutado un mandato dispuesto por la norma.

En el caso del derecho ecuatoriano, el legislador ha previsto que ese deber de actuación surja cuando el ciudadano se encuentre en posición de garante respecto de algún bien jurídico, y los únicos bienes que se han contemplado fueron: la vida, la salud, la libertad y, por último, la integridad personal. Además, en el primer inciso del artículo 28 del COIP, el legislador también prescribe las fuentes de esa posición de garante que hallarán su fundamento en la ley, el contrato, y el actuar precedente.

Así, pues, desde una primera aproximación no habría impedimento normativo para estudiar la conducta del gerente (Juan) y la conducta del inspector en la variante de los casos n.º 2 y 3 desde la luz del delito omisivo impropio, pues el bien jurídico protegido en el delito de manipulación genética es la salud. Entonces, en lo que sigue se desarrollará los principales presupuestos teóricos de la dogmática de los delitos de omisión y luego de ello se tratará resolver los supuestos fácticos que fueron planteados.

Bien, en primer lugar, cabe mencionar que la norma del artículo 28 del COIP hace alusión a los delitos omisivos impropios y por ello únicamente nos referiremos a la dogmática de la comisión por omisión. Por tanto, a más de los tres elementos del tipo objetivo de los delitos omisivos propios, esto es, que exista en primer lugar una situación generadora del deber de actuar, que se compruebe la no realización de la conducta ordenada por

el derecho y, que, además se compruebe que el sujeto en el caso concreto tenía la posibilidad psicológica y física de llevar a cabo la conducta debida; deberá comprobarse que el sujeto obligado tenía posición de garante respecto del bien jurídico y, además, que el resultado disvalioso acaecido le es susceptible de ser imputado.

Sobre la posición de garante, el legislador ecuatoriano se ha decantado por una teoría tradicional y de carácter meramente formal. Al respecto, ya desde Mezger se sostenía que las fuentes del deber de actuar eran la ley, la especial aceptación y el hacer precedente.²⁹ En la actualidad, la doctrina ampliamente dominante entiende que la posición de garante debe tener un contenido material que explique verdaderamente los casos en los que existe ese especial deber de actuar,³⁰ y esto solo puede darse siempre que el deber especial de actuar se fundamente en el deber de protección de bienes jurídicos o a su vez, en el deber de vigilancia de fuentes de peligro.³¹

De cualquier manera, sea que se entienda acertada una clasificación formal o a su vez material de la posición de garante, para nuestro caso en concreto no varía en absoluto el resultado, puesto que el deber del gerente (Juan) bien puede fundamentarse en la ley, el contrato o en el deber de vigilar fuentes de peligro. Entonces, en el caso planteado, los deberes de Juan desde su posición como gerente de la sociedad consistían en velar por que sus empleados operen conforme a derecho, y por ello es irrelevante que Juan ontológicamente haya ordenado que se ejecuten actividades eugenésicas prohibidas, o haya inobservado sus deberes de vigilancia, puesto

29 Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Parte general*. (Trad). Ricardo Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, p. 122; véase también, Fontan Balestra, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Buenos Aires: Edit. Abeledo-Perrot, p. 225.

30 Gómez-Aller, J. D. (2006). *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 207; Así también, Núñez Paz, M. A. (2016). *Los delitos de omisión. Discusión histórica vigente en torno «al no hace» desvalorado*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 21 y ss.

31 Muñoz Conde, F. y M. García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.ª ed.). *op cit.*, p. 246. Véase también, Silva Sánchez, J. M. (2003). *El delito de omisión, concepto y sistema* (2.ª ed.). Buenos Aires- Montevideo: Edit. BdeF, p. 243.

que lo único relevante es que normativamente incumplió su deber de vigilar y controlar el correcto funcionamiento de la sociedad.

Finalmente, solo resta evaluar si en los casos planteados es posible imputar objetivamente el resultado disvalioso al gerente (Juan). Para el efecto, los elementos constitutivos del juicio de imputación objetiva serán los mismos para las conductas de actividad y las omisivas,³² es decir, corresponde evaluar si existió «creación o aumento de un riesgo o peligro relevante; y además tiene que haber imputación objetiva de la producción del resultado como realización del peligro de esa omisión».³³ De esta manera, en el caso que nos ocupa, podría criticarse que el tipo penal del artículo 214 del COIP no es de resultado y, por ende, sería inadecuado entrar al análisis de la imputación objetiva;³⁴ sin embargo, pese a ser verdadero que no estamos frente a un tipo de resultado de lesión, sí estaríamos frente a uno de resultado de peligro³⁵ y, con ello, es absolutamente plausible analizar si ese peligro creado puede ser imputado al sujeto activo.

Entonces, el gerente (Juan), sea en el caso que desatendió sus deberes de vigilancia, sea en el caso que ordenó ejecutar la actividad de manipulación genética prohibida por la ley, en ambas situaciones su omisión de ejecutar la conducta ordenada (procurar que sus empleados obren conforme a derecho) creó un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento jurídico, y sobre la imputación del resultado, en *stricto sensu*, habría que co-

rroborar que no existió una limitación en el segundo juicio de imputación objetiva, que podría suscitarse en supuestos de imputación de resultado a la propia víctima, en casos de prohibición de regreso, ámbito de protección de la norma, comportamiento alternativo, conforme a derecho, y supuestos en donde adquiera relevancia el principio de confianza.

Así, pues, sobre una posible imputación a la víctima, en este caso aquella consecuencia jurídica es impensable, pues no ha concurrido ninguna víctima en concreto para evaluar su participación; sobre la prohibición de regreso, de igual forma sería irrelevante, porque no existe un segundo hecho al que se le pueda atribuir el resultado de peligro, pues este último se corresponde absolutamente, con el riesgo creado por el comportamiento omisivo del gerente; respecto del ámbito de protección de la norma, es claro que el legislador prescribió el tipo penal de manipulación genética, con el objeto de contemplar supuestos, en los que se produzcan resultados, que pongan en peligro la salud de los individuos, y es precisamente ese resultado, el cual se produjo en este caso; sobre el comportamiento alternativo conforme a derecho, sería relevante para el caso en que el gerente desatendió sus deberes de control y vigilancia, siempre que se compruebe que si hubiese actuado conforme a su mandato, el resultado de peligro de todas formas se hubiese producido, sin embargo, para los efectos de esta obra, asumiremos que un comportamiento adecuado del gerente sí hubiese

32 Al respecto, V. Rodríguez Vásquez, quien tiene escrito lo siguiente: «Los delitos de comisión por omisión guardan paralelismo con los delitos comisivos de resultado, ya que al igual que en estos últimos, se exige la producción de un resultado y su imputación a la omisión realizada». Rodríguez Vásquez, V. (2018). Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica. En *Libro homenaje a Claus Roxin*, Lima: Talleres Gráficos Iustitia, p. 328.

33 Luzón Peña, D.-M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general* (3.^a ed., cap. 31, § 21). Valencia: Tirant lo Blanch.

34 Al respecto, C. Roxin, advierte que «la imputación al tipo objetivo solamente resulta ser un problema de la parte general si el tipo exigiera un resultado en el mundo exterior que estuviera separado en el tiempo y en el espacio de la acción del sujeto activo». Roxin, C. (2018). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. (Trad.). Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, p. 39.

35 Sobre los delitos de resultado, F. Muñoz Conde y M. García Arán advierten que, en ciertos casos, «se exige, junto a la realización de la acción la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (delitos de resultado, que, a su vez, se diferencian en delitos entre delitos de lesión y delitos de peligro [...]). Muñoz Conde, F. y M. García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.^a ed.). *op cit.*, p. 260.

evitado que se cometa el delito y por ello esta categoría tampoco serviría para restringir la imputación del resultado; finalmente, el principio de confianza sería irrelevante, en el caso en que el gerente ordena la ejecución de la infracción, pero sí podría ser relevante para los supuestos, en los cuales únicamente desatiende sus deberes de control o para el caso, selecciona un inspector para que vigile, pero, de igual forma, para los propósitos de esta obra, asumiremos que no tenía el derecho a confiar en ninguno de los dos casos.

De esta manera, ha quedado por demás claro que, en un supuesto de esta naturaleza, es absolutamente idóneo utilizar la dogmática de los delitos omisivos, para endilgar responsabilidad penal a las altas esferas de una organización, cuando sus empleados hayan cometido infracciones propias del giro del negocio de la sociedad. Para este caso, en concreto, en las tres variantes propuestas es posible imputar al gerente como autor en comisión por omisión del delito de manipulación genética, y en la segunda variante, podría imputarse, tanto al gerente, como también al inspector, bajo el mismo título de imputación, siempre que además concorra el elemento subjetivo necesario para el efecto. Por último, en las tres variantes los empleados ejecutores serían autores directos del delito de manipulación genética y a todos los intervinientes les correspondería la misma pena.

Conclusiones

La imputación de responsabilidad individual en casos de criminalidad cometidos, desde el seno de organizaciones societarias, es altamente compleja, y esto se explica, debido a la participación de un número importante de personas y, además, por la compleja estructura organizacional, que tenga la sociedad en el caso en concreto.

Una verdad de Perogrullo es que no todas las organizaciones societarias tienen las mismas características, y es por ello que un análisis acertado de la responsabilidad penal individual de los miembros de una empresa,

está sujeta a un estudio preliminar de las características de la sociedad, pues las responsabilidades varían si ésta es anónima, limitada, o alguna otra forma de organización reconocida por la ley.

En supuestos de criminalidad organizada, cometidos desde el seno de una sociedad anónima, en donde no se lesione la vida, la salud, la libertad y la integridad personal, no será posible utilizar la estructura del delito omisivo para sancionar a las altas cúpulas, pues así lo prohíbe de forma expresa el artículo 28 del COIP. Por tanto, la única forma de imputarle autoría de un delito (en el caso del *paper*; el cohecho) al administrador culpable de una empresa será, a través de la teoría del «autor detrás del autor», ideada por Schroeder, y ésta va en plena armonía con el artículo 42, numeral 2, literal d. del COIP.

Cuando la infracción cometida desde el seno de una sociedad anónima lesione la vida, la salud, la libertad y la integridad personal, es completamente admisible utilizar la estructura del delito omisivo impropio para sancionar a los administradores, quienes hayan incumplido sus deberes ordenados por el derecho para cada caso en particular.

REFERENCIAS

- Ambos, K. y Grammer, C. (2005). Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. En *Derecho Penal y Criminología* (vol. XXVI, 77). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bacigalupo Zapater, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.
- Balbín, S. (2015). *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Cevallos Vásquez, V. (1992). *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Donna, E. (2000). *Derecho Penal. Parte Especial* (t. 3). Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

- Falcone, A. (2015). El autor detrás del autor en el Derecho penal empresarial. *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero* (1), Buenos Aires: Editorial Rubinzal- Culzoni.
- Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Gómez-Aller, J. D. (2006). *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Halperín, I. y J., Oteagui. (1998). *Sociedades anónimas*. (2.^a ed.). Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Huertas Díaz, O., Sandoval Amaya, C. y Malte Ruano, G. (2013). Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica* (vol. XII, 23). Medellín: Universidad de Medellín.
- Luzón Peña, D.-M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general* (3.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Márquez Cárdenas, Á. E. (2005). La autoría mediata: autor detrás del autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas. *Diálogo de saberes: investigaciones y ciencias sociales* (23), Bogotá: Universidad Libre.
- Mascheroni, F. (1986). *Sociedades comerciales*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Parte general*. (Trad.). R. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte general* (9.^a ed.). Barcelona: Editorial Reppertor.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Núñez Paz, M. Á. (2016). *Los delitos de omisión. Discusión histórica vigente en torno «al no hacer» desvalorado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Reyes Romero, Í. (2018). Contra la autoría mediata por dominio de la organización: Una breve aproximación desde la doctrina alemana. *Revista de Estudios de la Justicia* (28), Santiago: Universidad de Chile.
- Rodríguez Vásquez, V. (2018). Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica. *Libro homenaje a Claus Roxin*, Lima: Talleres Gráficos Iustitia.
- Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de Justicia* (7). Santiago: Universidad de Chile.
- Roxin, C. (2018). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. (Trad.). M. Abanto Vásquez. Lima: Editorial Grijley.
- Silva Sánchez, J. M. (2003). *El delito de omisión, concepto y sistema* (2.^a ed.). Buenos Aires-Montevideo: Editorial BdeF.
- Velasco Cuesta, R. (2006). *La responsabilidad de los administradores de las compañías* (Tesis de grado). Quito: Universidad de las Américas.